

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

EDUARDO BEIRÃO

**SEGURANÇA JURÍDICA NO ERRO DA ADMINISTRAÇÃO: O EXEMPLO DA
PRESCRIÇÃO REINTEGRATÓRIA DE DEMISSÃO POR ATO ADMINISTRATIVO
INVÁLIDO**

FLORIANÓPOLIS

2015

EDUARDO BEIRÃO

SEGURANÇA JURÍDICA NO ERRO DA ADMINISTRAÇÃO: O EXEMPLO DA
PRESCRIÇÃO REINTEGRATÓRIA DE DEMISSÃO POR ATO ADMINISTRATIVO
INVÁLIDO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
junto ao curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC,
na área de Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori

FLORIANÓPOLIS
2015



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado A SEGURANÇA JURÍDICA NO ERRO DA ADMINISTRAÇÃO: O EXEMPLO DA PRESCRIÇÃO REINTEGRATÓRIA DE DEMISSÃO POR ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO elaborado pelo acadêmico Eduardo Beirão defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis (SC), 27/11/2015.

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori

(orientador)

Fernanda Santos Schramm

(membro)

Jéssica Gonçalves

(membro)

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno: **Eduardo Beirão**

RG: **5.513.004**

CPF: **083.784.619-63**

Matrícula: **11101491**

Título do TCC: **Segurança jurídica no erro da Administração: o exemplo da
prescrição reintegratória de demissão por ato administrativo inválido**

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori

Eu, Eduardo Beirão, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria.

Florianópolis/SC, 01 de novembro de 2015



Eduardo Beirão

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar, sob o enfoque da necessidade de segurança jurídica, a estabilização de atos administrativos praticados em desconformidade ao Direito, a partir da aplicabilidade de institutos extintivos do direito pelo decurso do tempo. A Administração Pública, em especial, só deveria praticar seus atos em consonância com o ordenamento jurídico – o que nem sempre ocorre. Assim, destaca-se a importância que a segurança jurídica representa no Direito; uma das formas em que a estabilização das relações jurídicas se dá, pelo decurso do tempo; e como a prescrição se aplica nas pretensões de administrados em face da Administração. Em seguida, analisa-se a estrutura dos atos administrativos; as hipóteses de sua inexistência e invalidade, e qual o regime jurídico aplicado a tais atos. Por fim, trata-se do controle dos atos administrativos e alguns de seus limites, tanto no âmbito interno, pela própria Administração, quanto no seu âmbito externo pelo Poder Judiciário, trazendo-se como exemplo dessa dificuldade em se tratar a estabilização de atos administrativos praticados em desconformidade com o Direito a análise da prescrição reintegratória de demissão por ato administrativo inválido, onde se contextualizam e se verificam diferentes posicionamentos jurídicos a respeito.

PALAVRAS-CHAVE: SEGURANÇA JURÍDICA. ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO. PRESCRIÇÃO. REINTEGRAÇÃO.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 SEGURANÇA JURÍDICA.....	8
1.1 Segurança jurídica pelo decurso do tempo.....	12
1.1.1 Decadência.....	13
1.1.2 Prescrição e imprescritibilidade.....	15
1.2 Prescrição e Administração Pública.....	19
2 ATOS ADMINISTRATIVOS.....	23
2.1 Estrutura.....	24
2.1.1 Elementos.....	25
2.1.2 Pressupostos de existência e validade.....	27
2.1.3 Atributos.....	32
2.2 Ato administrativo inexistente.....	34
2.3. Invalidade dos atos administrativos.....	39
2.3.1 Ato administrativo nulo.....	43
2.3.2 Ato administrativo anulável e ato administrativo irregular.....	49
3. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	51
3.1 Princípio da legalidade.....	51
3.1.1 Controle interno pela Administração.....	53
3.1.2 Controle externo pelo Judiciário.....	56
3.2 Segurança jurídica no erro da Administração: o exemplo da prescrição reintegratória de demissão por ato administrativo inválido.....	59
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

INTRODUÇÃO

Um dos propósitos do Direito é estabelecer a segurança das relações humanas, dentro de uma previsibilidade. Nessa aspiração de estabilização e pacificação, o decurso do tempo possui relevância jurídica, na medida em que é fator para a aplicação de institutos extintivos de direitos. Observa-se, contudo, que nem todas as relações jurídicas estarão sujeitas a essa estabilização, a exemplo daquelas consideradas imprescritíveis.

Por consequência, a passagem do tempo, impreterivelmente, também atinge aquelas situações onde Administração Pública pratica atos no prejuízo de administrados e, em certas ocasiões, de seus próprios agentes públicos. A Administração Pública, em especial, só deveria praticar seus atos em consonância com o ordenamento jurídico - o que nem sempre ocorre.

Dessa maneira, no primeiro capítulo, destaca-se a importância que a segurança jurídica representa no Direito, contextualizando-a enquanto princípio geral e exigência humana. Prossegue-se discorrendo a respeito de formas em que a estabilização das relações jurídicas se dá, pelo decurso do tempo; e como a prescrição, em especial, aplica-se nas pretensões de administrados em face da Administração na disciplina do Decreto n. 20.910/1932.

Após, no segundo capítulo, trata-se de como a Administração Pública manifesta sua vontade e executa suas ações. É imperioso conhecer estrutura dos atos administrativos para poder se identificar quando um vício importará nas suas hipóteses de inexistência ou invalidade, e qual o regime jurídico aplicado a tais atos.

Por fim, no terceiro e derradeiro capítulo, aborda-se o controle dos atos administrativos tanto no âmbito interno, quanto no seu âmbito externo pelo Poder Judiciário. Ilustrando enquanto exemplo dessa custosa necessidade, em se tratar a estabilização de atos administrativos praticados em desconformidade com o Direito, analisa-se a aplicação do instituto da prescrição nos pleitos reintegratórios de demissão por ato administrativo inválido, onde se contextualiza e se verificam diferentes posicionamentos jurídicos a respeito.

O método de abordagem será o dedutivo e o procedimento será a pesquisa bibliográfica.

Objetiva-se, assim, demonstrar a dificuldade na estabilização aquelas situações onde a Administração Pública pratica atos desconformes o Direito. Vez que inexiste consenso ou tratamento uníssono, desponta assunto importante e interessante para se examinar os posicionamentos sobre a questão.

1 SEGURANÇA JURÍDICA

Contrariando a impermanência inerente à vida, o ordenamento jurídico deve ser um sistema que possibilite, com previsibilidade, saber quais serão as consequências jurídicas de dado acontecimento - visto que uma das finalidades do Direito é proporcionar a estabilidade na vida social.

Muito embora o fenômeno jurídico seja complexo, e não seja apenas a isso que se preste, dentre outros propósitos, “vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 481). Gustavo Radbruch (*apud* MARCONDES MARTINS, 2008, p. 306), “após discriminar as três exigências fundamentais do Direito – a justiça, a utilidade e a segurança, afirma, peremptoriamente, ser a última a mais importante”.

Assim, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 127), esta segurança a que se propõe o Direito “[...] coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano”.

Reconhecer essa estabilidade e certeza do porvir desponta, então, enquanto necessidade. “É a necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro: é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente, comportamentos esperáveis [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 127).

Justamente, essa possibilidade de previsão é uma das condições sobre a qual tende a repousar a ação humana: a normalidade das coisas. Assim, “cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 127).

O destaque e a importância que a segurança jurídica representa a coloca entre os princípios gerais de Direito. Pontua Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 89) que “[...] obviamente não é específico do Direito Administrativo, mas nele possui notável relevo [...], se acaso não é o maior de todos os princípios gerais de direito [...] por certo é um dos maiores dentre eles”.

Relevante é a constatação de que “princípios gerais de Direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 126).

Integram o ordenamento jurídico, dessa maneira, os princípios gerais de Direito, que “em alguns casos pelo menos, informam a própria compostura nuclear da Constituição. O princípio da segurança jurídica é certamente um deles” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 485).

E, segundo observação precisa de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 126), esse princípio da segurança jurídica “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”. Há quem trate a segurança não enquanto princípio, mas enquanto postulado jurídico, porque independe de qualquer positivação, sendo “um pressuposto epistemológico do Direito. Eis a sua verdadeira natureza jurídica: trata-se de um postulado jurídico, chamado tradicionalmente de princípio” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 307).

As observações de Canotilho (*apud* DI PIETRO, 2012, p. 87), de igual modo, são precisas:

o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.

Manifesta-se a segurança jurídica em dois aspectos, conforme explica Almiro Couto e Silva (2005, p. 3-4): um de natureza objetiva, e outro de natureza subjetiva. No seu carácter objetivo, envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes sejam atos legislativos. No seu aspecto subjetivo, está relacionado à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. Com efeito, expectativa de consecução da segurança

jurídica, seja no seu viés objetivo ou subjetivo, dá-se por meios diversos. Seja ao se estabelecer previamente o sistema normativo, pautado na anterioridade da norma escrita para a imputação da sanção – máxime do princípio da legalidade-, vedando-se assim julgamentos em normas inesperadamente impostas e de exceção; seja no aperfeiçoamento das regras de conduta que se depreendem dos julgados, quando se firma, a exemplo, jurisprudência para casos com mesma razão de decidir, evitando decisões divergentes em situações semelhantes; seja com institutos que promovem a estabilização das situações, limitando a possibilidade perpetuidade de pendente controvérsia ou resistência.

Antonio-Enrique Pérez Luño (*apud* MARCONDES MARTINS, 2008, p. 307), distingue duas acepções distintas: “em sentido estrito, objetivo, a segurança consiste numa exigência objetiva de regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico; numa faceta subjetiva, porém, ela representa a certeza do Direito, ou seja, é o reflexo da segurança objetiva nas relações jurídicas”. Assim, sobre a positividade do Direito, a edição de normas deve obedecer a critérios:

elas devem ser regularmente promulgadas e publicadas; redigidas de forma clara, com uma tipificação precisa dos supostos de fato e uma delimitação precisa das consequências jurídicas; plenas, no sentido de que nenhum comportamento não previsto em lei possa ser sancionado; obedientes à hierarquia normativa, à ordem escalonadas das fontes de Direito; irretroativas; estáveis, ou seja, devem ressaltar o direito adquirido e a coisa julgada (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 308).

Discorrendo sobre este outro viés do aspecto subjetivo, ele compreenderia “dois aspectos, a positividade do Direito – consequentemente, a imposição de conformidade ao Direito – e a certeza do Direito – consequentemente, a estabilização das relações jurídicas” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 309).

A respeito de outros meios de se prestigiar a segurança jurídica, Carvalho Filho (2007, p. 30) exemplifica tal manifestação com o art. 27 da Lei n. 9.868/1999, que trata do processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade; e com o art. 11 da Lei n. 9.882/1999, a cuidar do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A redação do art. 27 da Lei 9.868/1999 e do art. 11 da Lei n. 9.882/1999 é exatamente igual:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela

declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

“O legislador admite expressamente que a decisão nas referidas ações possa ter eficácia tão-somente após o trânsito em julgado, ou a partir de outro momento, mantendo-se, por conseguinte, a confiança depositada pelo indivíduo na lei editada pelos poderes políticos” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 30). Percebe-se que essa possibilidade está fundamentada na razão de segurança jurídica, de preservação dos efeitos anteriores de maneira transitória até findo o termo para a nova aplicação dos efeitos.

A segurança jurídica está entre os princípios dos quais a Administração deve obedecer, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999:

Art.2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Muitas outras são as ocasiões onde se constata a orientação da segurança jurídica no âmbito do Direito Administrativo.

O princípio da segurança jurídica se desvela em alguns dos seguintes exemplos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 89): na manutenção de atos administrativos inválidos e na regulação dos efeitos já produzidos pelo ato ilegal; e na fixação de prazos para anulação.

Realça-se a possibilidade de manutenção dos atos administrativos inválidos quando “o prejuízo resultante da anulação for maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão” (DI PIETRO, 2012, p. 89), a exemplo de uma situação ilícita mas há muito consumada, aceita e pacificada socialmente.

É, em sequência ao segundo exemplo de Di Pietro, o art. 54 da Lei n. 9.784/99 que dispõe sobre a fixação desse prazo de 5 anos para a Administração anular os atos de que decorram efeitos favoráveis ao destinatário, salvo provada má-fé. A administrativista explica que se trata de hipótese “em que o legislador, em detrimento do princípio da legalidade, prestigiou outros valores, como o da segurança jurídica [...]” (DI PIETRO, 2012, p. 89).

Fazendo menção a Carvalho Filho (2007, p. 31), sobre o tema de posturas da Administração para implementação da segurança jurídica, complementa-se que “doutrina moderna [...] advoga o entendimento de que a tutela da confiança legítima abrange, inclusive,

o poder normativo da Administração, e não apenas os atos de natureza concreta por ele produzidos”.

O administrativista Carvalho Filho pontua que isso advém da necessidade de se proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade:

Semelhante tutela demanda dois requisitos: 1º) a ruptura inesperada da disciplina vigente; 2º) a imprevisibilidade das modificações. Em tais hipóteses, cabe à administração adotar algumas soluções para mitigar os efeitos das mudanças: uma delas é a exclusão do administrado do novo regime jurídico outra, o anúncio de medidas transitórias ou de um período de vacatio; outra, ainda, o direito do administrado a uma indenização compensatória pela quebra da confiança decorrente de alterações em atos normativos que acreditava sólidos e permanentes (CARVALHO FILHO, 2007, p. 31).

Grande e importante modo de se realizar a segurança diz respeito “[...] à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 29).

Observação precisa de Carvalho Filho (2007, p. 29) é no sentido de que “se, de um lado, não se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidos na lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que provoca incertezas e receio”.

Quando se trata da passagem do tempo enquanto fator de pacificação da ordem social, exsurtem institutos específicos para a promoção da segurança jurídica: a prescrição e decadência.

1.1 Segurança jurídica pelo decurso do tempo

Um importante acontecimento na vida humana possui relevância para fins jurídicos: o inexorável decurso do tempo.

Existindo uma expectativa de estabilidade nas situações há muito pacificadas, busca-se assim evitar surpresas ou mudanças imprevisíveis, repentinas, daquilo que está consolidado por considerável período sem que insurgências tenham sido erigidas.

Assim, o Direito “sempre manifestou, em épocas de normalidade, um compreensível empenho em efetuar suas inovações, causando o menor trauma possível, a menor comoção, às relações jurídicas passadas que perlongaram no tempo [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 128).

Releva a constatação de que “os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração a estabilidade, à segurança, conatural ao Direito” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 127).

Dessa maneira, tratando da continência entre segurança jurídica e a prescrição e decadência, e o liame de tais institutos com a almejada segurança jurídica, Carvalho Filho (2008, p. 29) pontua que “a prescrição e decadência são fatos jurídicos através dos quais a ordem jurídica confere destaque ao princípio da estabilidade das relações jurídicas, ou, como se tem denominado, ao princípio da segurança jurídica”.

Estabelecida essa correlação entre os institutos da prescrição e decadência, com a aspiração da segurança, impende conceituá-los para se conseguir diferenciá-los.

São diferentes, apesar de possuírem pontos em comum, os institutos prescrição e da decadência. Explicita Celso Antônio Bandeira de Melo (2012, p. 376), no ponto em comum dos institutos, que “a prescrição, a decadência, são relações entre o decurso do tempo e a inércia do titular do direito”. Também, tanto a prescrição como a decadência, pelo art. 269 do Código de Processo Civil, são causas de extinção do processo com resolução do mérito (e, por isso, segundo Marcondes Martins (2008, p. 447), não são institutos processuais, mas de direito material). Divergem a prescrição e a decadência quanto ao objeto e quanto aos seus efeitos.

1.1.1 Decadência

Esclarecer-se-á, primeiramente, a respeito da decadência. Para tanto, remonta-se a classificação de direitos, vez que a decadência e a prescrição atingem diferentes tipos de direitos.

“Moderna classificação dos direitos por Chiovenda e, particularmente, a categoria dos direitos potestativos, [permite chegar-se] indubitavelmente àquele critério ideal, isto é, a

um critério dotado de bases científicas e que permite, simultânea e seguramente, distingui-los *a priori*” (AMORIM FILHO, 1961, p.97).

Segundo precisamente observa Agnelo Amorim Filho (1961, p. 97), alicerçado na doutrina de Chiovenda, os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: os direitos a uma prestação e os direitos potestativos.

Em relação à categoria dos direitos a uma prestação, seriam, como classifica Chiovenda (*apud* AMORIM FILHO, 1961, p. 97), “aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo”. “Nessas duas classes, há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade” (AMORIM FILHO, 1961, p. 97).

Verifica-se, na classificação dos direitos potestativos, “aqueles poderes que a lei confere a determinada pessoas de influírem, com uma declaração de vontade sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas” (AMORIM FILHO, 1961, p. 97)

Esclarecendo a conceituação dos direitos potestativos, diz Chiovenda (*apud* AMORIM FILHO, 1961, p. 97):

esses poderes [...] se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do Juiz, Têm todas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele. São poderes puramente ideais, criados e concebidos pela lei, e, pois, que se apresentam como um bem, não há excluí-los de entre os direitos, como realmente não os exclui o senso comum e o uso jurídico. É mera petição de princípio afirmar que não se pode imaginar um direito a que não corresponda uma obrigação.

Remontando lição de Agnelo Amorim Filho (1961, p. 99), observa-se que “a principal característica dos direitos potestativos é um estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade dessas últimas, ou mesmo contra a sua vontade”.

É de se destacar que “os direitos potestativos se exercitam e atuam, em princípio, mediante simples declaração de vontade do seu titular, sem o apelo às vias judiciais, e em qualquer hipótese sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição” (AMORIM FILHO, 1961, p. 101).

Faz Agnelo Amorim Filho ainda a ressalva de que há categorias de direitos potestativos que só podem ser exercidos por meio de ação. Contudo, não há que se confundir esses direitos potestativos com direitos a uma prestação: o respectivo autor não pleiteia do réu “qualquer prestação, seja de dar, fazer, não-fazer, abster-se, ou de outra espécie. O que ele visa com a propositura da ação é, apenas, criar extinguir, ou modificar determinada situação jurídica, e isso é feito sem a vontade ou contra dos que ficam sujeitos ao efeito do ato” (AMORIM FILHO, 1961, p. 102). Desse modo, o réu da ação, embora não fique obrigado a uma prestação, deve aceitar a sujeição a que sofreu após a sentença judicial.

Enumerando os princípios concernentes ao exercício dos direitos, Orlando Gomes (*apud* AMORIM FILHO, 1961, p. 111) “inclui dois que interessam: o da disponibilidade, segundo o qual o exercício dos direitos é facultativo (ninguém é obrigado a exercê-los); e o da inesgotabilidade, de acordo com o qual os direitos não se esgotam pelo não-uso”. Em princípio, portanto, os direitos têm aspiração a duração perpétua.

Refletindo os direitos potestativos, entretanto, na esfera jurídica de terceiros, criando um estado de sujeição, “é natural que a possibilidade de exercício desses direitos origine, em algumas hipóteses, para os terceiros, uma situação de inquietude cuja intensidade varia de caso a caso” (AMORIM FILHO, 1961, p. 112).

Impõe-se, portanto, a fixação de prazo para o exercício desses direitos potestativos: e o instituto que disso trata é a decadência.

Decorre daí a classificação comumente encontrada na doutrina de que “o efeito imediato da decadência é a extinção do direito” (AMORIM FILHO, 1961, p. 111). Com efeito, trata o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1072) que “a decadência trata da perda do próprio direito, em si mesmo, por não utilizá-lo no prazo previsto para seu exercício [...]”.

A decadência, desse modo, quanto aos seus efeitos, não se interrompe nem se suspende, diferentemente do instituto da prescrição; ela extingue diretamente o direito.

1.1.2 Prescrição e imprescritibilidade

Quanto ao instituto da prescrição, é oportuno tratar de modo breve a respeito de pretensão e ação, vez que pode-se partir do conceito de que “a prescrição, instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas [...] é, segundo entendimento que acolhemos, a

perda da ação judicial, vale dizer, do meio de defesa de uma pretensão jurídica, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1070). Por outro lado, para Carvalho Filho (2008, p. 905), seria a perda da pretensão: “a prescrição é a perda da oportunidade de formular uma pretensão na via judicial, em decorrência da inércia do titular do direito material. Em outras palavras, não é o direito material que se extingue, mas sim a pretensão à sua tutela, a ser requerida através da ação judicial”. Segundo Odete Medauar (1989, p. 82), afetaria o direito de ação: “na prescrição feneceria a ação, e em decorrência, desapareceria o direito”. De modo ou de outro, entendendo-se a prescrição enquanto o instituto que fulmina a ação ou a pretensão, é necessário discorrer brevemente sobre os dois.

Um conceito para pretensão, de acordo com Ovídio Baptista da Silva (2008, p. 58), é “a faculdade de se poder exigir a satisfação do direito”.

Explica Agnelo Amorim Filho (1961, p. 107) que “a pretensão é um conceito concebido como decorrência necessária do princípio da autonomia do direito de ação”. Contudo, pretensão e direito de ação não se confundem: “a pretensão é um poder dirigido contra o sujeito passivo da relação de direito substancial, ao passo que a ação processual é poder dirigido contra o Estado, para que esse satisfaça a prestação jurisdicional a que está obrigado” (AMORIM FILHO, 1961, p. 107). O direito de ação também deve ser entendido, no atual estágio da ciência do processo, enquanto direito autônomo e abstrato do direito material. Quando se viola o direito material, e a pretensão não é satisfeita pelo sujeito passivo, quando ele não atende a exigência do titular do direito, exsurge o direito de ação, de provocar a atividade jurisdicional do Estado para se ver satisfeito o bem da vida violado.

Destarte, perpassando de modo breve pela ação, torna-se oportuno também trazer a sua classificação pela sua carga de eficácia, de importante utilização para distinção da aplicação do instituto da decadência, prescrição, e até mesmo de quando eles não se aplicam, nos casos de ações imprescritíveis.

Os tipos, nos quais se pode classificar as ações, são cinco, de acordo com a Teoria Quinária: declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu*. Contudo, para objeto do estudo dos institutos da prescrição e decadência, basta aquelas definidas pela Teoria Trinária em declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Intitulam-se ações declaratórias aquelas que “têm por objetivo conseguir uma ‘certeza jurídica’. Ou, segundo a conceituação de Chiovenda: verificar qual seja a vontade concreta da lei, quer dizer, certificar a existência do direito sem o fim de preparar a consecução de qualquer bem, a não ser a certeza jurídica” (AMORIM FILHO, 1961, p. 103).

Em relação ao tema, Ovídio Baptista conceitua ação declaratória como aquela que “tem por fim a obtenção de uma sentença que simplesmente declare a existência ou a não-existência de uma determinada relação jurídica” (2008, p. 115).

Nessas ações declaratórias, portanto, o objetivo da ação “é a obtenção de uma certeza jurídica, e nada mais. Nas declaratórias, conseqüentemente, o autor não colima a realização do direito” (CHIOVENDA *apud* AMORIM FILHO, 1961, p. 104).

A ação constitutiva (positiva ou negativa) “cabe quando se procura obter, não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior” (AMORIM FILHO, 1961, p. 103). As ações constitutivas seriam, nos dizeres de Agnelo Amorim Filho (1961, p.103), meios de exercício daqueles direitos insuscetíveis e violação, os direitos potestativos. Elas não pressupõem a existência de lesão a direito, como nas ações condenatórias; não se exige prestação do réu, mas somente se pleiteia a formação, modificação ou extinção de um estado jurídico; não carecem nem são suscetíveis de execução. Vez que cuidam de direitos potestativos, como já visto, o tipo de direito que se verifica numa ação constitutiva estaria sujeito a prazo decadencial.

O que se denomina de ação condenatória “pretende obter do réu uma determinada prestação (positiva ou negativa), pois ‘correlativo ao conceito de condenação é o conceito de prestação’” (CHIOVENDA *apud* AMORIM FILHO, 1961, p. 103). Decorre daí que um dos pressupostos da ação condenatória é o escopo de impor ao réu a obrigação de uma prestação: por consequência, jamais direitos potestativos ensejarão uma ação condenatória, por estar esta vinculada aos direitos a uma prestação.

Sendo a prescrição conceituada como meio de perda de defesa de uma pretensão jurídica, pode-se então avançar quanto a aplicação do instituto da prescrição.

Esclarece Agnelo Amorim Filho (1961, p. 109) que o “o início do prazo prescricional é determinado pelo nascimento da pretensão [donde decorre] como conclusão lógica e inevitável, a primeira coisa atingida pela prescrição é a pretensão, e não a ação”. Por outro lado, “se se entender que a prescrição atinge de modo direto a ação (processual), ter-se-á que concluir, necessariamente, que a pretensão ficará incólume: persistirá o poder do credor de exigir a prestação (embora só extrajudicialmente) e frustrar-se-á a principal finalidade da prescrição” (AMORIM FILHO, 1961, p. 109). O art. 189 do Código Civil dispõe que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”. Parece mais correto, portanto, entender-se que a prescrição fulmina a pretensão, que, por sua vez, é distinta à ação.

Segundo a classificação proposta de direitos a uma prestação e direitos potestativos, fica claro que a prescrição incidirá apenas nos primeiros, vez que “somente eles dão origem a pretensões. Por outro lado, os direitos potestativos, sem pretensão, não podem dar origem a prazo prescricional” (AMORIM FILHO, 1961, p. 110).

Então, aceitando-se esse entendimento, apenas as ações condenatórias estariam sujeitas ao prazo prescricional:

Com efeito, as condenatórias são as únicas ações que servem de meio para se obter judicialmente, com a intervenção do Estado, satisfação das pretensões não atendidas extrajudicialmente pelos sujeitos passivos das relações jurídicas substanciais. Igual satisfação não é possível obter, jamais, por via de ações constitutivas ou declaratórias, pois essas têm finalidades diversas. Assim, desde que a prescrição atinge diretamente as pretensões, somente as ações condenatórias podem sofrer seus efeitos (AMORIM FILHO, 1961, p. 110)

Nas ações declaratórias, por sua vez, residiria a imprescritibilidade, já que o que se objetiva é “a proclamação judicial da existência ou inexistência de determinada relação jurídica, ou da falsidade ou autenticidade de um documento, daí é fácil concluir que o conceito de ação declaratória é visceralmente inconciliável com os institutos da prescrição e da decadência” (AMORIM FILHO, 1961, p. 118).

Traz Agnelo Amorim Filho (1961, p. 118) que se o único efeito de tais ações é a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de um documento, “[...] qual a finalidade de fixação de um prazo para o seu exercício? E quais seriam as consequências do decurso do prazo sem propositura da ação? A relação inexistente passaria a existir? E a existente deixaria de existir?”. Assim, conclui-se que as ações declaratórias seriam imprescritíveis.

Enuncia, desse modo, Agnelo Amorim Filho, quais seriam critérios para se distinguir decadência da prescrição; e dos casos onde se tratará de imprescritibilidade. O primeiro, tratando das ações que prescrevem: “1ª - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas”; o segundo, a tratar da decadência: “2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei”; e, a respeito da imprescritibilidade: “3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações

declaratórias. Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições” (AMORIM FILHO, 1961, p. 127).

É de se concluir, portanto: “a) não há ações condenatórias perpétuas (imprescritíveis), nem sujeitas a decadência; b) não há ações constitutivas sujeitas a prescrição; e c) não há ações declaratórias sujeitas a prescrição ou a decadência” (AMORIM FILHO, 1961, p. 127).

Uma importante e interessante exceção é observada por Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 433): “diante do sistema jurídico brasileiro, pode-se afirmar que só há uma ação condenatória perpétua (por força de expressa determinação constitucional, a de ressarcimento dos danos erários pelo agente público é imprescritível)”. O art. 37 da Constituição Federal, no seu §5º, dispõem que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Não sem posicionamentos contrários, entende-se hoje pela imprescritibilidade de tais pretensões.

Mister, portanto, trazer os efeitos da prescrição: ela pode ser interrompida e suspensa, ao passo que a decadência não; ela atinge a pretensão e, nisso, o exercício da ação; ao passo que a decadência extingue o direito propriamente.

Conforme pode se inferir, o instituto da prescrição se verifica também naquelas ações onde a Administração figura no polo passivo.

1.2 Prescrição e Administração Pública

Ocasionalmente, haverá situações onde poderá ocorrer uma pretensão do administrado em face da Administração.

Nesse ínterim de estabilização, o Decreto n. 20.910/1932 e o Decreto-Lei n. 4.597/1942, vigentes, estabelecem o prazo prescricional das ações nas quais a Administração figura no polo passivo.

Traz o Decreto n. 20.910/1932 o prazo prescricional de dívidas passivas da União, Estados e Municípios, e de todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal. Por ser um prazo de 5 anos, trata-se da chamada prescrição quinquenal. No seu art. 1º, dispõe-se que:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Estabelece, por sua vez, o Decreto-Lei n. 4.797/1942, no seu art. 2º, que:

Art. 2º O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

Neste sentido, explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1073) que “por força do Decreto-lei 4.597/42 (art. 2º), a prescrição quinquenal estabelecida no Decreto 20.910 foi expressamente estendida às autarquias, e deve-se considerar que o mesmo vale para as fundações de Direito Público”.

Todavia, como observa Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 445), a interpretação desses dois dispositivos não é tão simples quanto parece: “revela-se problemática sua abrangência material e subjetiva, ou seja, se são aplicáveis a todos os tipos de ações [...]”.

A redação do artigo pode ser concebida de maneira mais restritiva, em conformidade com o critério de classificação ações para a aplicação da prescrição.

Mostrando posicionamento mais restritivo da interpretação destes dispositivos, Pontes de Miranda (*apud* MARCONDES MARTINS, 2008, p. 445) tratava que “em rigor, esse instituto só se aplica às ações condenatórias pessoais. Além de restringir a aplicação dos diplomas legais às ações condenatórias, restringiu-as às ações pessoais”. A jurisprudência fixou que o prazo para ações reais não seria de 5 anos. Ainda, segundo Pontes (*apud* MEDAUAR, 1989, p. 88), o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 usa “direito” como sujeito do verbo prescrever, quando, rigorosamente, não se pode conjecturar de prescrição de direito – mas sim, prescrição da pretensão e por consequência da ação.

Entretanto, Marcondes Martins (2008, p. 446), discordando de Pontes de Miranda, afirma que “correção de um ato inválido não se dá mediante uma ação condenatória, mas constitutiva; a impugnação do ato consiste no exercício de um direito potestativo, não consiste na tutela da lesão a um direito à prestação”. Esse entendimento estaria correto pela previsão

do artigo do Decreto n. 20.910/1932 trazer expressão “todo e qualquer direito”; e “seja qual for a sua natureza”. Logo, aplicar-se-ia o prazo prescricional para as ações condenatórias, e o também o prazo decadencial para as ações constitutivas movidas em face da Fazenda Pública.

Noutro caminho, afirma Marcondes Martins (2008, p. 447) que quanto às ações declaratórias seria para “estas, necessária uma interpretação restritiva do diploma ora analisado: não há prazo para propositura, ou seja, em qualquer momento o jurisdicionado pode pleitear declaração jurisdicional sobre a validade de um ato administrativo”. Acaso haja dúvida, a ação pode ser movida para afastá-la, declarando-se a inexistência ou a estabilização do vício.

Tratando da prescrição, há quem diferencie as hipóteses de prescrição da ação daquelas pretensões de cobranças pecuniárias. Segundo Carvalho Filho (2008, p. 909), a primeira seria “também denominada de prescrição do fundo de direito, que faz alusão à ‘prescrição da pretensão ao reconhecimento do direito’”, ao passo que a segunda, de “prescrição das prestações, seria concernente à prescrição da pretensão à cobrança dos efeitos pecuniários”. “Na prescrição da ação, o interessado na tutela de seu direito material em face da Fazenda perde a oportunidade de formular a pretensão defensiva por intermédio da ação judicial” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 909). A respeito das pretensões de fundo de direito, vale comentar a Súmula n. 85 do Superior Tribunal de Justiça, a dispor que “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Outro prazo extintivo da pretensão exsurge para o administrado pleitear direito na via administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1072) observa que “as pretensões dos administrados, na via administrativa, como é natural, sujeitam-se a prazos”. Carvalho Filho (2008, p. 859) aponta que “prescrição administrativa, podemos conceituar, é a situação jurídica pela qual o administrado ou a própria Administração perdem o direito de formular pedidos ou firmar manifestações em virtude de não o terem feito no prazo adequado”. Quanto aos meios de extinções de direitos na via administrativa, não há como confundi-la com a prescrição das ações judiciais. “A ‘prescrição’ administrativa se consuma na via administrativa, ao passo que a prescrição comum alcança o direito de ver a pretensão apreciada no Judiciário. Em ambos os casos, entretanto, a prescrição ocorre em razão da inércia do titular do direito” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 859). “O prazo para o exercício do direito de ‘reclamação administrativa’, se outro não estiver previsto em lei especial, é de

um ano, a teor do art. 6º do Decreto n. 20.910/1932” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1072). Essa reclamação administrativa seria “taxinomia genérica e que designa a manifestação de inconformismo do administrado em face de decisão administrativa que lhe afeta direitos ou interesses” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 152).

Dispondo a respeito de prazos para requerimentos, a Lei n. 8.112/1990, estatuto dos servidores públicos federais, assegura no seu art. 104 o direito de petição: “é assegurado ao servidor o direito de requerer aos poderes públicos, em defesa de direito ou interesse legítimo”.

Em se tratando do limite temporal para o exercício do requerimento, o art. 110 da Lei n. 8.112/1990 estabelece quais seriam tais prazos e o termo inicial de sua contagem:

Art. 110. O direito de requerer prescreve:

I - em 5 (cinco) anos, quanto aos atos de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou que afetem interesse patrimonial e créditos resultantes das relações de trabalho;

II - em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos, salvo quando outro prazo for fixado em lei.

Parágrafo único. O prazo de prescrição será contado da data da publicação do ato impugnado ou da data da ciência pelo interessado, quando o ato não for publicado.

Sobre o tema, Gasparini observa, quanto a esses meios extintivos de pretensões pela via administrativa, que seus efeitos ficam circunscritos às medidas administrativas, não se estendendo às ações judiciais: “o direito ao recurso administrativo pode estar prescrito, mas não estar prescrita a utilização da competente ação judicial. A perda do recurso administrativo não significa a perda do direito que com ele deveria ter sido amparado” (GASPARINI, 2009, p. 973).

Convém a observação de Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 450), de que tais prazos decadenciais e prescricionais do Decreto n. 20.910/1932 e Decreto-Lei n. 4.597/1942 “foram fixados por regras jurídicas. É teoricamente possível que, diante de circunstâncias, a incidência de princípios jurídicos afaste a aplicação dessas regras”.

Assim, para Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 450) “num caso, por exemplo, em que houver má-fé, desperdício de vultosos recursos públicos, é possível o afastamento do prazo decadencial de cinco anos previsto no Decreto federal 20.910/1932”. Arrebata-se no sentido de que “a afirmação não deve causar desconforto: se até a coisa julgada pode ser afastada pela incidência de princípios opostos, o que dizer da regra que institui um prazo decadencial?” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 450).

2 ATOS ADMINISTRATIVOS

Na continuidade, após se discorrer sobre segurança jurídica, e de um dos institutos que a objetivam – a prescrição-, discorrer-se-á a respeito dos atos administrativos e sua invalidade.

Traz-se que, para a realização dos seus fins, a Administração Pública pratica série de atos com conteúdo jurídico – os atos administrativos.

Estabelece-se que “o ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública [...]” (MEDAUAR, 2007, p. 133).

Na atividade administrativa, são esses atos que têm o condão de manifestar a vontade estatal.

Tratar-se-á, primeiramente, o conceito dos atos administrativos pela doutrina.

Em seguida, passar-se-á a tratar da estrutura dos atos administrativos, seus planos de existência, validade e eficácia, e seus atributos.

É tido o conceito de ato administrativo, para Carvalho Filho (2008, p. 92), enquanto “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.

De sua vez, Gasparini, conceitua o ato administrativo como

sendo toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário (2009, p. 60).

O conceito de ato administrativo, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 203), é “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Relembra-se, para verificação das diferenças doutrinárias, o conceito de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 126): o ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade

da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos seus administrados ou a si própria.

Quanto ao tema, o conceito que Bandeira de Melo atribui aos atos administrativos em sentido estrito, ao incluir a característica de concreção e unilateralidade, seria de:

declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhes dar cumprimento ou sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (2012, p. 390).

Uma explicação mais minuciosa é trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ressaltam-se as seguintes características contidas no conceito:

- a) trata-se de declaração jurídica, ou seja, de manifestação que produz efeito de direito, como sejam: certificar, criar, extinguir, transferir, declarar ou de qualquer modo modificar direitos ou obrigações;
- b) provém do Estado, ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais;
- c) é exercida no uso de prerrogativas públicas, portanto, de autoridade sob regência do Direito Público. Nisto se aparta dos atos de Direito Privado;
- d) consiste em providências jurídicas complementares de lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente vinculadas, a título de lhes dar cumprimento. Com isto diferencia-se o ato administrativo da lei. É que os atos administrativos são infralegais e nas excepcionalíssimas hipóteses em que possa acudir algum caso típico de ato administrativo imediatamente infraconstitucional (por já estar inteiramente descrito na Constituição um comportamento que a Administração deva obrigatoriamente tomar mesmo à falta de lei sucessiva) a providência jurídica da Administração será, em tal caso, ao contrário da lei, plenamente vinculada;
- e) sujeita-se a exame de legalidade por órgão jurisdicional. Vale dizer, não possui definitividade perante o Direito, uma vez que pode ser infirmada por força de decisão emitida pelo Poder estatal que disponha de competência jurisdicional: entre nós, o Poder Judiciário. Com isto diferencia-se o ato administrativo da sentença (2012, p. 390)

2.1 Estrutura

Estando conceituado o ato administrativo, prosseguindo na matéria, Carvalho Filho (2008, p. 98) observa que “reina grande controvérsia sobre a nomenclatura a ser adotada em relação aos aspectos do ato que, se ausentes, provocam a sua invalidação. Alguns autores empregam o termo ‘elementos’, ao passo que outros preferem a expressão ‘requisitos’”.

“Quanto à denominação, alguns autores empregam o termo elementos. Outros adotam o vocábulo requisitos [...]. Outros optam pelo termo pressupostos; outros separam em requisitos de pressupostos” (MEDAUAR, 2007, p. 134).

De acordo com Medauar (2007, p. 134), “boa parte da doutrina elenca cinco elementos – agente competente, objeto, forma, motivo e fim [...] os quais por sua vez, devem atender a preceitos leais para a produção de efeitos jurídicos válidos”. Carvalho Filho (2008, p. 97), na mesma linha, elenca enquanto elementos competência, objeto, forma, motivo e a finalidade.

Entretanto, para Gasparini (2009, p. 61), “os requisitos do ato administrativo são sete e assim denominados: agente público competente, finalidade, forma, motivo, conteúdo, objeto e causa”. A exceção da causa, para este autor, os outros requisitos são intuídos do art. 2º e seu parágrafo, da Lei n. 4.717/1965 – a Lei da Ação Popular:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
 a) incompetência;
 b) vício de forma;
 c) ilegalidade do objeto;
 d) inexistência dos motivos;
 e) desvio de finalidade.

Seguindo classificação diferente das acima mencionadas, Celso Antônio Bandeira de Mello sistematiza o assunto de outro modo.

A estrutura dos atos administrativos, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 396), é composta de elementos, aspectos intrínsecos do ato, referentes a sua própria composição; e pressupostos, aspectos extrínsecos. Os pressupostos ainda se dividiriam em pressupostos de existência e pressupostos de validade.

2.1.1 Elementos

Tratando sobre os elementos do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 396) elenca o conteúdo e a forma do ato, “[...] levando em conta que, dentre os assim chamados, dois são, realmente, elementos, ou seja, realidades intrínsecas do ato [...]: conteúdo e forma”.

Instando conceituar os elementos, o conteúdo, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 397) é “o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência”.

Não obstante, o conteúdo do ato deve estar em consonância com a lei, sem contrariá-la; e deve pela lei ser permitido, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

Registre-se que para a lisura do ato no que concerne a este aspecto, não basta a verificação de que o ato, por seu conteúdo, não contraria a lei. É preciso mais: cumpre que o ato seja permitido (ou imposto, conforme o caso) pela lei. É que o princípio da legalidade no Direito Administrativo [...] exige não apenas relação de não contradição com a lei, mas demanda relação de subsunção, isto é, conformidade com a lei (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 398).

A forma, por sua vez, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 395), “é o revestimento externo do ato: sua exteriorização”. É o meio pelo qual o ato aparece e desvela sua existência.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 398), a forma pode, eventualmente, não ser obrigatória: “pode ocorrer, por vezes, ausência de prescrição legal sobre uma forma determinada, exigida para a prática do ato”. Todavia, “não pode haver ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 398). A forma enquanto elemento, por sua vez, não se confunde com o pressuposto de validade da formalização. A forma que se trata enquanto elemento é da própria exteriorização do ato, ao passo que o pressuposto de formalização diz respeito à observância dos procedimentos hábeis a serem seguidos para tornar o ato administrativo válido. A formalização, como será tratado adiante, diz mais respeito à maneira específica como o ato administrativo deve ser externado; e não quanto à própria externalização em si.

Elementos do ato administrativo seriam, portanto, o seu conteúdo e a forma. Sem eles, o ato seria inexistente: vez que um ato sem forma não se exterioriza, e não pode ser percebido no mundo; e tampouco pode-se reconhecer um ato que na sua essência não tem nada.

2.1.2 Pressupostos de existência e validade

Mais especificamente sobre os ditos pressupostos dos atos administrativos, esses seriam assim classificados por não serem elementos, vez que não podem ser admitidos enquanto partes intrínsecas do ato. Os pressupostos são exteriores ao ato, são aspectos extrínsecos. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 396), estabelece que “estes últimos, de seu turno, distinguem-se em pressupostos de existência, ou seja, condicionantes de sua existência, e pressupostos de validade, ou seja, condicionantes de sua lisura jurídica”.

Dois seriam os pressupostos de existência do ato: “são pressupostos de existência o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 396).

O objeto, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 399), “é aquilo sobre que o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo que ele esteja reportado”.

E, de modo mais incisivo, explica o administrativista: “sem objeto – material e juridicamente possível - não pode surgir ato jurídico algum [...]. Um ato, isto é, um conteúdo exteriorizado, que incida sobre um objeto inexistente é um ato inexistente, um não ato” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 399).

Relacionado ao outro pressuposto de existência do ato, a pertinência do ato à função administrativa, entende-se que a emanção do ato administrativo deve partir do exercício da função administrativa. “Se o ato não for imputável ao Estado, no exercício da função administrativa, poderá haver ato jurídico, mas não haverá ato administrativo” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 400). Necessariamente, portanto, para que exista, o ato deve ser exarado no exercício da atividade estatal.

É Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 396) claro ao explicar que, por sua vez, os pressupostos de validade são: “1) pressuposto subjetivo (sujeito); 2) pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais); 3) pressuposto teleológico (finalidade); 4) pressuposto lógico (causa); e 5) pressuposto formalístico (formalização)”.

Na conceituação do pressuposto subjetivo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 395), denominando-o como sujeito, traz que este “é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo”. Contudo, “em síntese, a existência de um ato administrativo depende de o autor ser titular de cargo ou função administrativa investido de competência minimamente pertinente à produção de tal ato” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 390). Acaso seja absolutamente incompetente, o ato será

inexistente. O caráter de pressuposto de validade está bem evidenciado ao se tratar que “é subordinada ao fato de o autor ser titular de cargo ou função a que tenha sido atribuída a legitimação para a prática daquele ato específico” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 390).

Um dos pressupostos objetivos, o motivo, é tratado pelo administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 395), como “situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato”. “Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 401). Motivo não se confunde com motivação: “a motivação integra a ‘fomalização’ do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a exposição dos motivos” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 404). Na motivação que será enunciada a regra do Direito que habilita; fatos; e por vezes necessariamente enunciação a pertinência lógica entre os fatos ocorridos e os praticados. É importante que tenha ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório. Tratando-se de ato administrativo vinculado, contudo, “se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva para além de qualquer dúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 407). A Teoria dos Motivos Determinantes implica necessariamente que “os motivos determinaram a vontade do agente, isto é, serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de motivos de fato, falsos, inexistentes ou incorretamente vicia o ato [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 408). Deve haver perfeita correspondência entre os motivos que determinam e justificam a realização do ato e a realidade. Os motivos, assim, devem despontar como premissas donde se extrai logicamente a conclusão do editor do ato.

Na conceituação do outro pressuposto objetivo, os requisitos procedimentais, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 408) elucida que “são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado”. Apesar de ser condição para a prática de um certo ato, diferem os requisitos procedimentais dos motivos “porque o motivo é um ‘fato jurídico’, ao passo que o pressuposto procedimental é um ato jurídico” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 409).

Conceituando o pressuposto teleológico de validade, a finalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 409) coloca que “finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato, [...] é o resultado previsto legalmente como o correspondente à topologia do ato administrativo consistindo no alcance por objetivos comportados”. Assim, cada ato tem a

finalidade em vista da qual a lei o concebeu: “não se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 409).

A causa, pressuposto lógico de validade, é tratada como “uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto [...], ou seja, é o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 412). Em complemento, “pode-se defini-la, de maneira mais correta, como ‘a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato’” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 412). Ainda, “é, pois, no âmbito da causa que se examinam dois tópicos extremamente importantes para a validade do ato, a saber: a) sua razoabilidade, e b) sua proporcionalidade” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 413). A razoabilidade relaciona-se com a congruência, a lógica nas ações da Administração. Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 114), o princípio da proporcionalidade pode ser decomposto em três elementos “a serem observados nos casos concretos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito”. Desse modo, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, (2012, p. 114), a adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Por sua vez, a necessidade, ou menor ingerência possível, coloca tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Por fim, o princípio a proporcionalidade em sentido restrito é tido como princípio da justa medida: meios e fins são colocados em equação mediante juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. “É o que impõe o dever de ‘adequação entre os meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público’” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 413).

Com relação, por fim, ao último pressuposto formalístico de validade, a formalização, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 415) discorre que a “formalização é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado. Com efeito: ademais de exteriorizado, cumpre que o seja de um dado modo, isto é, segundo uma certa aparência externa”. A formalização não se confunde com a forma. “Enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o modo específico, o modo próprio, desta exteriorização” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 415). Ela pode se dar de maneiras diferentes. Predominantemente, os atos administrativos são escritos – até por questão de segurança e certeza jurídicas. Mas nada obsta a existência de atos expressos por via oral (a exemplo de

ordens verbais para expedientes do cotidiano); ou até mesmo gestuais ou de sinais convencionais (bastante observados no trânsito). “A formalização, evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impunha que o fosse. Assim, [...] a motivação do ato é importante requisito de sua formalização” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 416).

Outro importante complemento é trazido por Ricardo Marcondes Martins, em classificação sutilmente diferente dos pressupostos de existência. Os elementos não difeririam dos citados por Celso Antônio Bandeira de Mello.

No que diz respeito aos pressupostos de existência, contudo, para Marcondes Martins (2008, p. 125), “quatro são os pressupostos de existência: o objeto, a ligação do editor à Administração, o mínimo de eficácia ou de recognoscibilidade social e a não concretização de injustiça intolerável”.

Trata Marcondes Martins, de modo semelhante a Celso Antônio Bandeira de Mello, que são pressupostos de existência também o objeto e a ligação do editor à Administração. Com relação ao objeto, contudo, Marcondes diverge do outro administrativista: ao passo que Bandeira de Mello prevê a inexistência do ato com objeto ilícito, para Marcondes Martins (2008, p. 127) “o objeto ilícito não prejudica o conteúdo da norma, causando tão somente sua finalidade”. Referente à ligação do editor à Administração, Marcondes Martins (2008, p. 128) diz que “para que o ato administrativo exista é necessário que seja editado pela Administração, ou seja, é necessário que o editor do ato presente, direta ou indiretamente, a Administração Pública”, de modo parecido com o pressuposto dito por Celso Antônio Bandeira de Mello enquanto a pertinência do ato à função administrativa.

Em referência ao mínimo de eficácia ou de recognoscibilidade social, explica Marcondes Martins (2008, p. 131) que “[...] na Teoria Pura do Direito uma norma não dotada de um mínimo de eficácia deixa de ser considerada válida; um mínimo de eficácia social é pressuposto de validade. Com essa ressalva estabelece-se uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural”. Em maior minúcia, o mínimo de eficácia a que “se refere Kelsen não é um pressuposto de validade das normas, mas da sua existência. Se ninguém no meio social considera determinado texto normativo uma norma jurídica, ele não se torna norma jurídica: para que a norma exista impõe-se um mínimo de recognição no meio social” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 131). Trata-se, pois de um mínimo de eficácia não no sentido de produção dos efeitos previstos, mas no sentido de minimamente haver o reconhecimento enquanto norma jurídica.

No tratamento do último pressuposto de existência do ato administrativo, a não-concretização de injustiça intolerável, Marcondes sustenta que a intolerável injustiça seria “[...] entendida como a flagrante violação do núcleo essencial dos direitos humanos básicos” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 133).

Trata então Marcondes Martins de discorrer sobre como a concretização de injustiça intolerável num ato administrativo acarreta na sua inexistência perante o Direito.

Alicerçando a premissa de raciocínio em Alexy, Marcondes Martins (2008, p. 134) explana que Alexy “afirma existir uma conexão necessária entre a argumentação jurídica e a argumentação moral: faz parte do próprio conceito de Direito a pretensão de correção. Toda decisão jurídica possui implicitamente formulada uma pretensão de correção, e, portanto, uma pretensão de justiça”.

Relevante é o apontamento de Marcondes Martins (2008, p. 135) no sentido de que “a injustiça intolerável retira a existência do direito. Trata-se da famosa regra de Radbruch pela qual ‘a extrema injustiça não é Direito’”.

Seguindo na linha de pensamento, Marcondes Martins (2008, p. 135). pontua que a existência do ato administrativo “exige não somente um conteúdo, elemento indispensável à sua composição intrínseca, mas um conteúdo não-configurador de grave ou intolerável injustiça. Surge, aqui, um problema: precisar os contornos da intolerabilidade da injustiça”. Haverá ocasiões onde não será tão evidente, onde será necessário realizar ponderação da situação.

Esclarecendo a questão, Marcondes Martins (2008, p. 136) novamente cita que “Alexy conceitua a intolerável injustiça como violação do núcleo essencial dos direitos humanos básicos”. Vez que a expressão intolerável injustiça é por demais aberta semanticamente, Martins apresenta restrições de interpretação: “[...] restrições são apresentadas: não basta a violação de um direito fundamental, deve haver violação de um direito humano; e mais, deve ser um direito humano básico; e, ainda, deve atingir seu núcleo essencial” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 136).

Discorrendo sobre os direitos humanos básicos, Marcondes Martins (2008, p. 136-137) traz que tais direitos morais, caracterizados pela fundamentalidade, constituem núcleo das teorias da justiça e têm natureza universal. Se a enunciação desses conceitos é complexa, sua percepção seria intuitiva. O núcleo essencial deveria ser respeitado tanto na sua dimensão objetiva, na qual a cláusula protege a norma positiva, abstratamente; quanto subjetiva, que protege o direito subjetivo do indivíduo, concretamente considerado.

2.1.3 Atributos

Em continuidade, é importante tratar também dos atributos dos atos administrativos de modo breve.

Como desenvolve atividades direcionadas à realização de interesses da coletividade, a Administração possui prerrogativas não usualmente desfrutadas por particulares.

O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 421) pontua que “tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos [...] próprios da coletividade”.

Nessa linha, “exteriorizam bem sua posição de supremacia [...] e a possibilidade de constituir os particulares em obrigações por ato unilateral, a presunção de veracidade e de legitimidade de seus atos, a exigibilidade [imperatividade] e a executoriedade dos atos administrativos” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 422).

Tratando da presunção da legitimidade, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 423) a conceitua enquanto “a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: [...] salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo”.

Explica logicamente Gasparini (2009, p. 73), que, “com efeito, se a Administração Pública só pode agir ou atuar se, como e quando a lei autoriza, há de se deduzir a presunção de legitimidade dos seus atos, isto é, que se presumem verdadeiros e que se conformam com o Direito”. Marçal Justen Filho (2012, p. 366) traz enquanto consequência disso que a presunção de legitimidade do ato “decorre sua aptidão para gerar efeitos vinculantes *erga omnes*”.

Na lição de Gasparini (2009, p. 74), “a Administração pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas”.

Todavia, essa presunção não é absoluta: observa-se que “a presunção de legitimidade é relativa, o que equivale a uma inversão do ônus da prova. Significa, portanto, que a Administração Pública não tem necessidade de provar que o conteúdo do ato é legítimo, cabendo ao terceiro o ônus de provar ser ele ilegítimo” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 368).

Existe, portanto, a premissa de que todos os atos exarados pela Administração, num primeiro momento, estão em conformidade com o Direito. Caberia portanto, num segundo momento, impugnar tal ato para que os meios de controle derrubem essa presunção relativa.

É também atributo do ato administrativo a imperatividade. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 423), a imperatividade “é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância”. “Destarte, sempre que o ato administrativo for dotado desse atributo, impõe-se mesmo que contrarie os interesses do destinatário” (GASPARINI, 2009, p. 75). Está relacionado a esse atributo o chamado por Renato Alessi de “poder extroverso”, “que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 423).

Tem-se a exigibilidade enquanto “a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 423). “Observe-se que não pode a Administração Pública, fundada nesse atributo do ato administrativo, compelir materialmente o obrigado a executar referidas obrigações” (GASPARINI, 2009, p. 75). Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 423) coloca que “a exigibilidade é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la”. “Em termos práticos, significa que a Administração Pública pode promover a instauração de uma relação jurídica e estabelecer que os direitos e deveres dela derivados deverão ser cumpridos concretamente” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 369).

Executoriedade, por fim, é o atributo tratado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 423) enquanto “qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”. “A Administração Pública executa-os independentemente de qualquer recurso ao Judiciário e, se for o caso, mediante o uso da força. [...] São situações em que se exige a imediata ação da Administração Pública” (GASPARINI, 2009, p. 76).

Ressalta-se que a executoriedade não se confunde com a exigibilidade, “pois esta [exigibilidade] não garante, por si, a possibilidade de coação material, de execução do ato. [...]

Em suma, a executoriedade é um *plus* em relação à exigibilidade, de tal modo que nem todos os atos exigíveis são executórios” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 424).

Como sintetiza Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 425), pela presunção de legitimidade, o ato administrativo é presumido como legítimo. Pela imperatividade, o ato cria para terceiro, independentemente de sua aquiescência, uma obrigação. Pela exigibilidade, o ato sujeita o administrado à observância de uma dada situação por meios indiretos impostos pela própria Administração, sem recorrer ao Judiciário. Pela executoriedade, o ato submete o administrado à obediência por meio de coação direta aplicada pela Administração, independentemente de ordem judicial.

2.2 Ato administrativo inexistente

Ocorre que, a partir da estruturação proposta dos atos administrativos nos seus elementos e pressupostos de existência e validade, determinados atos poderão ser considerados inexistentes ou inválidos. Vez que a existência precede necessariamente a validade do ato administrativo, tratar-se-á a seguir dos atos inexistentes para, após, tratar-se da invalidade dos atos administrativos. “Existência é a qualidade de pertencer ao ordenamento” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 648).

Marçal Justen Filho (2012, p. 388) afirma que “a inexistência jurídica se verifica quando não existem os requisitos mínimos necessários à qualificação de um ato como jurídico. Não obstante, podem existir alguns eventos no mundo dos fatos; mas totalmente desconformes aos modelos jurídicos”. O grau de desconformidade desses atos seria “tão intenso que nem cabe aludir a um ‘ato jurídico defeituoso’ – existe apenas ato material, destituído de qualquer carga jurídica” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 388).

Quanto ao tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 477) acrescenta também que os atos inexistentes “consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligadas à personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam a o ordenamento jurídico dos povos civilizados”. Nesta perspectiva de abordagem dos atos inexistentes: “dir-se-ão inexistentes os atos que assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o

Direito radicalmente inadmite, isto é, dos crimes que atentem contra a dignidade humana” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 486).

Uma outra possibilidade de ocorrência de atos inexistentes é trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello:

a expressão atos inexistentes é polissêmica, por ser igualmente prestante para designar, além do que vimos de qualificar como tal, também: a) atos inconclusos (como ocorreria com um ato complexo não integrado pelas declarações de mais de um órgão); b) atos cujo objeto seja materialmente impossível [...] (2012, p. 477).

E, ao se retomar a teoria da estrutura dos atos administrativos, relembra-se que “sem os elementos [conteúdo e forma] não há ato algum, administrativo ou não. Ou seja, inexistirá o próprio ser que se designa pelo nome de ato jurídico” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 397).

Mesmo modo, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 397), sem os pressupostos de existência - o objeto e pertinência à função administrativa-, “faltarão o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido)”. Segundo Heraldo Garcia (*apud* MARCONDES MARTINS, 2008, p. 127), “embora muitas vezes não constituem crimes, os atos administrativos editados com objeto ilícito são igualmente inexistentes”.

Nesses termos, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, um ato carente de elementos (conteúdo e forma), ou de pressupostos de existências (objeto e pertinência à função administrativa) sequer existe para fins jurídicos.

Os atos nominados como inexistentes, portanto, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 477), “[...] encontram-se fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito”.

Seguindo no tema, traz-se posicionamento de Ricardo Marcondes Martins a respeito.

Marcondes Martins observa que na doutrina brasileira surgiram três posições a respeito do ato administrativo inexistente.

A primeira pode ser denominada “de opinião do desprezo, pois nega a utilidade do instituto. Dentre os partidários destacam-se dois importantes administrativistas: para Caio Tácito a teoria seria impertinente a país de jurisdição una; para Hely Lopes Meirelles não há

diferença alguma entre o regime dos atos nulos e inexistentes” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 641).

Tratando da segunda posição, Marcondes Martins a nomina de “opinião da exaltação”. Nessa posição, deu-se grande amplitude à classe dos atos inexistentes. De acordo com Marcondes Martins (2008, p. 642), “para Gualazzi a inexistência pode decorrer de um vício de sujeito, de objeto, de forma, de motivo e de finalidade. Lafayette Pondé reputou inexistente o ato quando lhe falte elemento subjetivo, objetivo e formal”. Muitos dos atos considerados inexistentes para essa posição são considerados inválidos.

A última posição é tratada enquanto “opinião intermediária”, segundo Marcondes Martins. Nela, não há substancial discordância dos efeitos imputados pelos partidários da exaltação à inexistência do ato administrativo, mas sim sobre a caracterização desta. “Atos considerados inexistentes por vício de competência absoluta, pela ilicitude do objeto, pela não-adoção da forma prevista em lei foram aqui considerados como inválidos” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 642). Aqui, menciona-se um outro caracterizador do ato administrativo enquanto inexistente: o vício de incompetência absoluta. Marçal Justen Filho (2012, p. 388) traz que “a titularidade de alguma competência administrativa é requisito de existência e a validade do ato administrativo”, ainda que seja tratado por outros autores enquanto pressuposto de validade.

Leitura de Marcondes Martins (2008, p. 643) sobre o tema é no sentido de que “ato inexistente não é ato, não ingressou no mundo jurídico como ato jurídico. Ato inexistente é fato irrelevante ou fato jurídico, não é norma jurídica ou, se se preferir, veículo introdutor de norma jurídica, e, por isso, não é ato, é ato que não existe”. Assim, ao se tratar de fato jurídico, a inexistência gera efeitos jurídicos.

Em minúcia do tema, Marcondes Martins (2008, p. 644), fixa a seguinte diretriz: “o ato administrativo inexistente é relevante para a teoria dos atos administrativos quando for fato jurídico; e o será quando tiver aparência de norma jurídica”.

Assim, explica Ricardo Marcondes Martins (2008, 645), haverá ato administrativo inexistente quando não estiver presente um dos elementos do ato – o conteúdo ou a forma – ou um de seus pressupostos de existência – o objeto, a ligação do editor à Administração, o mínimo de eficácia social ou a não-concretização de intolerável injustiça, nos termos anteriormente tratados.

Lembrando aquilo que fora apresentado enquanto elemento dos atos administrativos, “o ato administrativo inexistente decorre ou da falta de elemento ou da falta de pressuposto de existência. Dois são os elementos do ato: conteúdo e forma. A falta desses

elementos é objetivamente perceptível: o ato sem conteúdo nada determina, o ato sem forma não foi tornado público” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 645).

Dando continuidade, em relação ao pressuposto de existência que é o objeto, “o primeiro também é objetivamente reconhecido: por uma simples constatação física, material, apura-se se o objeto a que se refere o conteúdo do ato existe, ou não” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 645).

A respeito do segundo pressuposto de existência, “para que exista o ato administrativo, o editor do ato tem que apresentar a Administração. Basta que o editor faça as vezes da Administração, com um mínimo de recognoscibilidade social, para que o ato exista” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 645). Assim, o ato administrativo exarado por agente público de fato seria inválido, mas não inexistente.

Discorrendo sobre o terceiro pressuposto, o mínimo de eficácia social, já se tratou que Marcondes Martins (2008, p. 646) pontua que um ato que não seja minimamente reconhecido como norma jurídica pela comunidade não existe como norma jurídica. “Por óbvio, sempre que a Administração ou o administrado invocar ato administrativo inexistente por falta do mínimo de eficácia social, ele aparentará existir, e, assim, também será fato jurídico relevante” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 647).

Em relação ao último pressuposto de existência do ato, segundo Marcondes Martins (2008, p. 647), “em todos os casos em que a intolerabilidade da injustiça for consensualmente reconhecida pela sociedade, basta o pressuposto da falta de mínima eficácia ou de recognoscibilidade social para caracterizar a inexistência do ato administrativo”, desqualificando-o enquanto norma jurídica pertencente ao sistema. Contudo, se não houver o consenso social, o reconhecimento da inexistência do ato administrativo pela concretização de intolerável injustiça dependerá de uma ponderação dos princípios incidentes: a “intolerabilidade da injustiça decorre da violação do núcleo essencial dos direitos humanos básicos. Constatado que o ato editado não violou apenas um direito fundamental, mas o núcleo fundamental de um direito humano básico, deverá ser descaracterizado como norma” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 647).

Mostrados os fatores que qualificariam um ato administrativo enquanto inexistente, tratar-se-ão dos seus efeitos, vez que aparentam ser atos e, nessa aparência, poderão ser reconhecidos alguns deles. Marcondes Martins (2008, p. 651) traz que são quatro os efeitos da inexistência do ato administrativo: “(a) o direito de obter a declaração da inexistência; (b) o direito de resistir ativamente à execução do ato inexistente; (c) o dever de indenizar os danos causados pelo ato inexistente; (d) o dever de responsabilizar o editor”.

Dessa forma, “ato inexistente não é passível de correção: impossíveis sua invalidação, redução, conversão ou convalidação. Não é passível de sanatória, nem de retirada. O ato não entrou no mundo jurídico e, por isso, não existem vícios a serem corrigidos” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 652). Assim, à inexistência, somente poderá se realizar a declaração de sua inexistência – por meio de uma ação declaratória, com todos seus predicados.

Assenta-se que “a norma inexistente, por não ser norma, não pode ser válida nem eficaz; validade e eficácia são atributos da norma existente. [...] Não haverá, jamais, incidência; os efeitos imputados no consequente jamais surgirão no mundo jurídico” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 649).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 491), “os atos inexistentes têm regime sempre muito distinto do regime dos atos nulos e anuláveis”.

Considerando tais diferenças, tem-se que os atos inexistentes “jamais podem ser convalidados, ao contrário dos atos anuláveis, e jamais podem ser objeto de ‘conversão’, ao contrário dos atos nulos, pois estes últimos, em algumas hipóteses, podem ser ‘convertidos’ em outros atos” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 491). Marcondes Martins (2008, p. 652) também é nesse sentido: “não há que se falar em estabilização dos vícios. Passadas décadas, ainda assim os supostos efeitos do ato inexistente não se tornarão válidos. Logo, não há que se falar em limite temporal à declaração de inexistência”. Por consequência, o administrado pode requerer a declaração administrativa ou jurisdicional da existência do ato a qualquer tempo, e, igualmente, o judiciário e a Administração podem declará-la a qualquer tempo.

O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 491) trata ainda que ao ato administrativo inexistente “é cabível direito de resistência, inclusive *manu militari*, contra eles, diferentemente do que ocorre com os atos nulos e anuláveis”. É o que defende também Marcondes Martins (2008, p. 656): “o administrado tem, diante da execução, direito de resistência ativa: [...] diante de um ato inexistente, além da impugnação, pode o administrado reagir pela força para evitá-la”. Admite Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 491) que ao ato administrativo inexistente é possível a resistência da vítima, “por se constituírem em comportamentos que prescrevem a prática de crimes e expõem o administrado a sofrê-los”.

Mais adiante, Marcondes Martins (2008, p. 652) traz que ao ato administrativo inexistente é cabível o dever de reparar os danos causados, ante os possíveis prejuízos que possam advir ao administrado. O dever de responsabilizar o agente público também se faz presente.

Outrossim, em relação à permanência de efeitos dos atos administrativos inexistentes, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 491) afirma de igual modo que “uma vez proclamado o vício em que incorreram, em nenhuma hipótese são ressalvados efeitos pretéritos que hajam produzido”.

Peremptório é Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que tais atos inexistentes “são imprescritíveis” (2012, p. 491). São atos “[...] cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de ‘conversão’” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 476).

2.3 Invalidade dos atos administrativos

Ocorre que nem sempre os atos existentes editados pela Administração estarão em conformidade com o Direito. Como visto, os atos possuem além dos elementos e pressupostos de existência, os pressupostos de validade. Se algum deles figurar de modo anormal, haverá comprometimento na lisura jurídica do ato administrativo. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 391), a validade ocorre, “vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas”. Num complemento, “validade é uma qualidade da norma, indica que sua edição e seu conteúdo são conformes com o ordenamento jurídico. [...] A validade é a qualidade de não possuir vício que imponha a correção; assim, ato inválido é o ato não-dotado de vício que imponha sua correção” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 648).

Destarte, Gasparini, define como inválidos esses atos que, existentes, afrontam o Direito. “Inválido é o ato administrativo que, ao nascer, afrontou as prescrições jurídicas. É o ato que carece de legalidade ou, de forma mais abrangente, que se resente de defeitos jurídicos” (GASPARINI, 2009, p. 111). Conclui assim Gasparini (2009, p. 70) que “por conseguinte, inválido é o ato administrativo que afronta o ordenamento jurídico, que com ele não se conforma ou não se compatibiliza”. Na mesma linha, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 469), “os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de validade é antitética à de conformidade com o Direito (validade)”. Para Marcondes Martins (2008, p. 269), “o vício consiste numa contrariedade ao Direito, e, assim, ato viciado significa ato praticado em desconformidade

com a ordem jurídica, reflete uma violação, em maior ou menor medida, ao Direito, globalmente considerado. Como regra geral, o Direito não tolera o vício”. Em complemento, “a invalidade é uma qualidade dos atos viciados que gera o efeito de impor ao Estado o dever de correção do vício. Atos inválidos, nesse sentido, são dotados de invalidade, ou seja, que exigem a edição de outro ato jurídico, corretor do vício” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 274).

Explicita Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 470), que a expressão invalidade, antítese de validade, e invalidação, remetem a defeito jurídico e não a problema de inconveniência e inoportunidade, do mérito, do ato. “Por isso valemo-nos do termo ‘invalidade’ para abranger quaisquer outros casos de desconformidade com o Direito, Evitamos usar com este fim o *nome iuris* ‘anulação’, já que tal palavra é correntemente manejada para o batismo de uma das espécies” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 470).

Conforme Marcondes Martins (2008, p. 143), “poder-se-ia dizer que o ato válido é aquele que foi editado em conformidade com a lei. Referida afirmação, todavia, estaria errada. O ato pode estar em conformidade com a lei e, apesar disso, ser inválido”. Não deve haver somente conformidade com a lei: porquanto deve haver também conformidade com princípios. Exemplo é o ato que é legal; mas é completamente desproporcional, por não seguir ao princípio da proporcionalidade. O Direito não se encerra apenas nas regras legais – por vezes, para aplica-lo será necessário até afastar a incidência do texto legal. “Os princípios constitucionais muitas vezes exigem a não-aplicação da lei ou sua aplicação parcial” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 144).

Ademais, observa Marcondes Martins (2008, p. 145) que existem atos que, mesmo viciados, serão considerados apenas irregulares. Interessante a constatação desse autor de que “não é, portanto, correto afirmar que ato válido é aquele editado em conformidade ao Direito, pois, eventualmente, o ato pode ser contrário ao Direito e, ainda assim, ser válido” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 145). Nesse entendimento, “ato administrativo válido é o ato não dotado de um vício que imponha à Administração o dever de corrigi-lo; *a contrario sensu*, ato administrativo inválido é o ato dotado de um vício que imponha à Administração o dever de corrigi-lo” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 145).

Um outro conceito de ato administrativo inválido é trazido, dessa maneira, por Marcondes Martins. Segundo ele, o ato administrativo inválido é

cujo defeito gera para a Administração o dever de repará-lo (pela invalidação, pela convalidação, pela conversão, pela redução). Se o ato administrativo tem um vício que exige da Administração a prática de um outro ato administrativo (de

invalidação, de convalidação etc) para corrigir o vício, há invalidade (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 145).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, não há graus na invalidade. “Ato algum em Direito é mais inválido do que outro”. Nessa linha observa o autor que

todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação de repúdio a eles (2012, p. 469).

A ausência de leis administrativas a dispor sobre os casos de invalidade e seus efeitos proporcionou, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 475), “que surgissem três diferentes posições quanto aos atos inválidos no Direito Administrativo brasileiro”.

Releva que será esta diferença, quanto à intensidade “da repulsa que o Direito estabeleça perante atos inválidos o que determina um *discrímen* entre os atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 469). De modo mais preciso,

não há acordo doutrinário quanto à existência e caracterização destas várias figuras. Para alguns, no Direito Administrativo todo ato ilegítimo é nulo. Para outros, a distinção entre nulos e anuláveis, usual no Direito Privado, aplica-se, com as devidas adaptações, ao Direito Administrativo. Outros, ainda, acrescentam aos atos nulos os simplesmente irregulares, e há também quem reconheça a categoria dos atos “inexistentes” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 469-470).

Postula-se que a primeira posição seria no sentido de que “o vício acarreta sempre a nulidade do ato. É a posição de Hely Lopes Meirelles, por exemplo” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 475). Para o Direito Romano, num primeiro momento, “consagrou-se o entendimento de que “o ato viciado era considerado inexistente, e, assim, não podia produzir efeitos (*quod nullum est nullum producit effectum*)” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 264). Em referência à primeira vertente, de que o vício sempre acarreta a nulidade do ato, considera-se que seus defensores

pretendem que a distinção do Direito Privado entre atos anuláveis e nulos apoia-se em que os primeiros ofendem interesses privados, disponíveis pelas partes, e os segundos, interesses públicos, indisponíveis. Daí sua inaplicabilidade ao Direito Administrativo, pois a inviabilidade do ato administrativo ofenderá sempre um interesse público e por isso coincidirá com a nulidade. Ademais, o princípio da legalidade administrativa opor-se-ia à manutenção dos atos ilegítimos (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 476-477).

O administrativista Carvalho Filho (2008, p. 141) trata esse posicionamento enquanto monista, “segundo a qual é inaplicável a dicotomia das nulidades ao Direito Administrativo. Para estes autores, o ato é nulo ou válido, de forma que a existência de vício de legalidade produz todos os efeitos que naturalmente emanam de um ato nulo”. Gasparini (2009, p. 112) é no sentido de que “só há só uma espécie de ato administrativo inválido: o comumente chamado de nulo”. Para Gasparini, não haveria distinção entre atos nulos e atos anuláveis, em razão do princípio da legalidade, incompatível com essa dicotomia. Ao passo que os atos anuláveis ofenderiam direitos privados, que são disponíveis pelos interessados, os atos nulos agrediriam os interesses públicos, indisponíveis. De acordo com Gasparini, portanto, o ato inevitavelmente ofenderá, quando ilegal, um interesse público: sendo, assim, nulo.

De outro posicionamento, na segunda vertente, “outros, como Tito Prates da Fonseca e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sustentam que a tradicional distinção entre atos nulos e anuláveis aplica-se ao Direito Administrativo” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 475). Haveria, para quem se filia a esse posicionamento, assim, dentro da categoria de atos inválidos, aqueles de maior repulsa, tidos como nulos, que devem ser completamente rechaçados; e outros anuláveis, que podem permanecer, vez que seus vícios agrediriam menos a ordem jurídica. Assim, diferentemente daquilo tratado enquanto doutrina monista, Carvalho Filho (2008, p. 141) enuncia que “de outro lado está a teoria dualista, prestigiada por aqueles que entendem que os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis, de acordo com a maior ou menor gravidade do vício”. O próprio Carvalho Filho consigna perfilhar-se à doutrina dualista – com uma ressalva fundamental. “É que a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado, tido como anulável” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 141). Assim, seria possível que o Direito Administrativo “conviva com efeitos não só da nulidade como também da anulabilidade, inclusive, neste último caso, com efeito da convalidação de atos defeituosos” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 141). Arremata Celso

Antônio Bandeira de Mello, em relação à classificação tricotômica em atos nulos, anuláveis e irregulares, que disso implica a indicação de que

os atos se apresentarão no Direito Administrativo como absolutamente inválidos (ou nulos), relativamente inválidos (ou anuláveis) ou apenas irregulares (defeitos leves, geralmente com defeito de forma). Os primeiros são fulmináveis com supressão total dos efeitos. Nos segundos ressalvam-se os efeitos passados ou alguns deles. Os terceiros perduram (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 476).

Em relação à terceira vertente, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 475), “Seabra Fagundes defende uma divisão tricotômica: nulos, anuláveis e irregulares [...]”. No tocante à terceira vertente, que admite a classificação em atos nulos, anuláveis e irregulares, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 478): “assim, em nosso entender são categorizáveis como inválidos a) os atos inexistentes, b) atos nulos e c) os atos anuláveis. Registramos, ainda, que parece-nos existirem também – embora não como atos inválidos – os chamados atos irregulares”. Tais atos, os irregulares, seriam para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 478) aqueles “padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos”.

A despeito de classificar Celso Antônio Bandeira de Mello os atos administrativos inexistentes enquanto inválidos, porquanto desconformes com o Direito, o que poderia contrariar a diferenciação que outrora se fez dos planos de existência e validade dos atos administrativos, conforme o faz Marcondes Martins, Bandeira de Mello observa que autores como Hely Lopes Meirelles, Tito Prates da Fonseca, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Seabra Fagundes “negam relevância jurídica à espécie atos inexistentes, indicando que, de direito, equivalem aos atos nulos” (2012, p. 475). Isso é uma amostragem da dificuldade de consenso na matéria.

2.3.1 Ato administrativo nulo

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 486), são nulos: “a) os atos que a lei assim declare; b) os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se

o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior”.

Estabelece a Lei n. 4.717/1965, que regula a ação popular, hipóteses de nulidade de atos, no seu art. 2º. Alguns de seus casos são hipóteses tratadas na doutrina enquanto elementos, a exemplo da incompetência do sujeito e ilegalidade do objeto – importando, assim em situações de inexistência, e não de nulidade. A conceituação de cada situação está no parágrafo único do aludido artigo. Dispõe o art. 2º da Lei n. 4.717/1965:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Uma vez que na estrutura do ato há pressupostos de validade, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 397), “sem os pressupostos de validade [sujeito; motivo e requisitos procedimentais; finalidade; causa; formalização] não haverá ato administrativo válido”. Como assevera Marcondes Martins (2008, p. 261), “para ser viciado, o ato administrativo necessita existir; e assim, impõe-se a presença dos elementos e dos pressupostos de existência. Todo ato administrativo viciado é uma norma existente no ordenamento jurídico”.

Fazendo-se menção à incompetência, a respeito do vício de pressuposto de validade subjetivo, se esta for absoluta, há quem admita que o ato é inexistente. Noutra senda, há quem entenda que essa regra é relativa, e mesmo nos defeitos de incompetência o ato poderá existir, mas ser inválido: “alude-se por defeito de competência quando o ato pode ser reputado como existente, mas padece de vício no tocante à distribuição de competências

administrativas” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 390). Marcondes Martins (2008, p. 156) elenca que a regularidade subjetiva envolve os aspectos da “capacidade de pessoal política, a competência do órgão e do ente administrativo, a competência e a legitimidade do agente público”. Para a validade do pressuposto subjetivo, no tocante à capacidade de pessoa política, “seu editor deve tornar presente ente político que tenha competência para a prática desse ato” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 157); em relação à competência do ente e do órgão administrativo, será necessário que “além da competência da pessoa política para a prática do ato, que o ente criado ou o particular também tenham competência para praticá-lo” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 157). Ademais, a validade é subordinada ao fato de o autor ser o titular com atribuição conferida no seu cargo ou função. O agente deve “ter competência para praticar o ato; e, sendo competente, não deve achar-se em condições que o impeçam, na espécie ou no tempo, de praticá-lo” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 158). Não pode também o agente praticar o ato extrapolando a sua competência legal.

A forma já fora tratada como elemento do ato, cujo vício implicaria na inexistência. Contudo, observa Marçal Justen Filho (2012, p. 391) que “os vícios que podem apresentar gravidade menos intensa”. Nessa situação, o ato não seria inexistente, mas nulo. O vício de forma, aqui tratado, mais se parece com aquilo que se entende enquanto vício de formalização.

Viu-se que a ilegalidade do objeto, para Celso Antônio Bandeira de Mello, importa na inexistência do ato. Para Marcondes Martins (2012, p. 127-128), entretanto, “propõe-se a considerar a impossibilidade jurídica do objeto pressuposto de validade do ato administrativo, em não pressuposto de existência [...]. A impossibilidade jurídica do objeto mantém o íntegro o aspecto deontológico do conteúdo e, por isso, só causa a invalidade”.

O vício de motivo, para Carvalho Filho (2008, p. 142), pode, pode ocorrer de três modos distintos: “inexistência de fundamento para o ato; fundamento falso; ou fundamento desconexo com o objetivo almejado da Administração”. Bem é observado que “dúvida não subsiste de que [o motivo] é realmente obrigatório. Sem ele, o ato é irritado e nulo. Inconcebível é aceitar-se o ato administrativo sem que se tenha delineado determinada situação de fato” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 105). Quanto ao outro pressuposto de validade objetivo, o requisito procedimental, este pode ser acometido de um vício formal, acaso não obedecidas as práticas prévias pelo particular ou pela Administração, antes da prática do ato administrativo. Seriam exemplos “vícios de processo administrativo, relativos à relação processual entre a Administração e o administrado; vícios de procedimento, relativos tão-somente ao encadeamento dos atos” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 156).

Revela Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 403) que, para fins de análise da legalidade e validade do ato, é necessário, por ocasião do exame dos motivos, verificar: “a) a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato; b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei”. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 405), “questão importante é a de saber se a enunciação dos motivos do ato (ou seja, a ‘motivação’ dele), contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, é obrigatória (ou quando o será), e se falta de motivação, só por si, é causa de invalidade do ato (ou quando o será)”. Bem se observa que a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 2º, “dispõe que nos processos administrativos serão observados, entre outros critérios, o da ‘indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão’ (inc. VII). Com isto, pareceria que generalizou o dever de motivar” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 407). Entretanto, “sem embargo, o art. 50 contradiz tal entendimento, pois estatui que os atos administrativos deverão ser motivados nas hipóteses ali indicadas, levando à conclusão de que excluiu o dever de motivar fora dos casos que arrolou nos seus incisos” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 407). Mas não parece correto entender que o rol da Lei n. 9.784/1999 é restritivo a tal ponto de cingir, no ordenamento, apenas estes atos à necessidade de fundamentação. Até as decisões do Judiciário, se carente de fundamentação, serão nulas, conforme norma constitucional do art. 93, inc. IX, da CF. Por sua vez, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 412), “a falta de ‘causa’, na acepção adotada, invalida o ato administrativo, isto é, se o agente se baseia em motivos que não mantêm congruência, pertinência, com o ato que praticou, estará viciado”.

No vício de finalidade, Marçal Justen Filho (2012, p. 398) observa que podem configurar a inexistência de um ato quando se evidenciar sua orientação à satisfação de uma necessidade privada, não tutelada pelo Direito. “Mas, usualmente, o defeito quanto à finalidade não se evidencia de modo claro, especialmente pela utilização de fórmulas obscuras (interesse público, bem comum)” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 399). De acordo com Marcondes Martins (2008, p. 192), “todo ato administrativo tem por finalidade a realização do interesse público. Se o ato administrativo não concretizar o interesse público, será viciado, por falta do pressuposto teleológico”. Uma demonstração de desvio de finalidade, trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 410), é quando ocorre desvio de poder: “ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer

finalidade alheia à natureza do ato utilizado”. Exemplificando o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello traz que

de dois modos pode manifestar-se o desvio de poder: a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficia a si próprio ou amigo; b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à ‘categoria do ato que utilizou’ [...] (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 411).

O vício no pressuposto de formalização pressupõe a não observância dos pressupostos formalísticos de regularidade do ato. Marcondes Martins (2008, p. 254) afirma que “não basta qualquer exteriorização para que o ato seja regular; impõe-se que a forma seja dotada de todas as exigências impostas pelo sistema jurídico, ou seja, exige-se formalização”. Como regra geral, a formalização é escrita e se dá pela publicação, ou notificação. Vício nessa formalização, dependendo do seu grau, o tornará nulo. “É perfeitamente possível que haja uma forma mas que esta seja irregular, porque desconforme com as exigências impostas pela ordem jurídica; nesse caso, o ato existe, mas é viciado” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 206). “Dentre as exigências concernentes à forma, por força de sua importância, uma merece exame autônomo: a motivação. Ela é uma das exigências impostas pelo sistema jurídico à forma do ato administrativo, diz respeito ao pressuposto formalístico de regularidade” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 235). Todo ato administrativo deve ser motivado, do que decorre que vícios de inexistência de motivação, quando o agente não motiva o seu ato; e vícios de insuficiência de motivação, quando o agente motiva seu ato de forma incompleta, importarão na invalidade do ato.

Sendo observada a ocorrência de alguns dos vícios mencionados nos pressupostos de validade, importa saber quais serão as consequências jurídicas de se qualificar um ato administrativo enquanto nulo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 475) elenca as seguintes características dos atos nulos: “a) os atos nulos não são convalidáveis [...]; b) os atos nulos, em juízo, podem ser fulminados sob provocação do Ministério Público quando lhe caiba intervir no feito, ou *ex officio* pelo juiz [...]; c) os atos nulos só prescrevem *longi temporis* [...]”.

Os atos nulos não podem ser convalidados. No curso de uma lide, o juiz poderá se pronunciar de ofício a nulidade de ato gravado de nulidade, mesmo que o interessado não a suscite. “É conhecido o princípio segundo o qual os atos nulos não se convalidam nem pelo

decurso do tempo” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 147). “Se os atos administrativos afrontam o ordenamento jurídico e, por essa razão, são tidos como inválidos, não cabe falar em convalidação (supressão retroativa da ilegalidade de um ato administrativo). Não se convalida o que é inválido” (GASPARINI, 2009, p. 116).

Relevante é a observação de Marçal Justen Filho (2012, p. 389), de que “a nulidade absoluta se verifica quando o defeito lesiona interesses indisponíveis ou interesses disponíveis de sujeitos indeterminados, o que impõe o dever-poder de a Administração Pública pronunciar o vício de ofício, com efeitos geralmente retroativos à data em que se configurou o defeito”.

Ademais, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 486) “é errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir”. “De resto, os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 487). Para Marcondes Martins (2008, p. 649), “deveras, a norma inválida é passível de incidência e de geração de efeitos jurídicos e sua validade é presumida pelo sistema enquanto sua invalidade não for reconhecida pelo órgão competente”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 488) traz que, para se verificar se os efeitos da invalidação serão retroativos, desde então (*ex tunc*), ou apenas a partir da decisão tomada (*ex nunc*), é necessário apurar se os atos são restritivos ou ampliativos da esfera jurídica dos administrados. “Parece-nos que nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exorando por inteiro quem fora indevidamente gravado pelo Poder Público das consequências onerosas” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 488). Noutra senda, tratando-se de atos unilaterais “ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 488).

Observa Celso Antônio Bandeira de Mello que, se os atos em questão foram de autoria do próprio Poder Público,

se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquela praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava tais atos. [...] Não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o

direito de supor que o habilitava regularmente (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 488).

E, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 492), o ato nulo, nesse caso, assemelha-se aos anuláveis nesse aspecto, quanto “à eliminação de seus efeitos, uma vez declarada a invalidade, a qual opera de mesmo modo”. Se o ato era restritivo de direitos, os efeitos da eliminação seriam a partir da decisão, *ex nunc*, salvo se demonstrada má-fé do beneficiário do ato inválido.

Sintetiza-se, então, que: “qualquer ato inválido é ou não convalidável, mas entre os não convalidáveis alguns são nulos e outros inexistentes, porque estes últimos [...] diferem dos nulos tanto porque são insuscetíveis de prescrição quanto porque perante eles existem um ‘direito e resistência’” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 481).

2.3.2 Ato administrativo anulável e ato administrativo irregular

Havendo se tratado da categoria dos atos administrativos inexistentes e dos atos administrativos nulos, discorrer-se-á brevemente sobre os atos administrativos anuláveis, com enfoque na sua diferenciação dos atos administrativos nulos.

Um conceito que permite elucidar essa diferença é de Marçal Justen Filho (2012, p. 388), no sentido de que “a nulidade relativa ocorre quando o defeito afeta interesses disponíveis de sujeitos específicos, o que subordina a pronúncia do defeito à provocação do interessado. No caso, admite-se que o ato defeituoso produza os seus efeitos até a pronúncia do vício ou insurreição do particular”.

Mormente trazer a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 486), tratando que são anuláveis “a) os que a lei assim os declare; b) os que podem ser repraticados sem vício. Sirvam de exemplo: os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade”. Na hipótese de sujeito incompetente, há situação onde o ato fora exarado por agente público sem qualidade para tanto; mas seu superior hierárquico, aquele com a atribuição para tanto, ratifica o ato expedido. Os atos editados com vício de vontade, se ratificados, também teriam essa possibilidade de serem repraticados sem o vício. Os expedidos com defeito de formalidade, desde que não em grande afronta ao Direito, também podem ser repraticados sem o vício.

Assim, os atos anuláveis dependem da arguição pelos interessados para serem retirados, não se procedendo a sua invalidação de ofício, diferentemente dos atos nulos. O vício de ato anulável só pode ser conhecido a partir da arguição do interessado.

Noutra diferença importante para os atos nulos, nos atos anuláveis, vez que conhecido o vício, há modos de corrigi-lo, com efeitos retroativos, o que não se observa nos atos nulos. Os atos anuláveis podem ser convalidados. “A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 482). Interessante que Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 481) afirma que tais situações de convalidação “não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida”.

O convalidamento de atos desconformes o Direito não é completamente estranho, a exemplo, portanto, dos atos administrativos anuláveis. Essa categoria de atos justamente é tratada enquanto anuláveis, porquanto podem permanecer no ordenamento. A sua alteração tem como condição necessária a provocação do interessado. Caso permaneça silente, não haverá a invalidação do ato.

Sendo assim, para certos atos administrativos, dependendo do seu tipo de vício, “a possibilidade de convalidação irá categorizá-lo na classe dos anuláveis, em oposição aos nulos e aos inexistentes, mas a menor gravidade do vício não pode significar imunidade contra eventual fulminação” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 481). Justifica-se a existência de prazo para se impugnar a invalidação de um ato anulável, posto que pode ser mantido. Entretanto, se o ato fora impugnado, existe quem diga que não será mais passível de convalidação. “A Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 482).

Com relação aos atos irregulares, por fim, seriam aqueles com vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa que consiste em perversão de normas de padronização interna pela qual se instrumentalizam os atos administrativos. Não seriam propriamente atos que afrontam o Direito. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 476), ante o pequeno defeito, leve, geralmente quanto a forma, “os atos irregulares não possuem vício de validade, não podendo ser considerados contra o Direito”. Com efeitos, “há alguns vícios que não geram o efeito de impor a sua correção, nem a sanatória, nem a eliminação. Não há para a Administração o dever de corrigi-lo” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 270).

Observa Marçal Justen Filho (2012, p. 387) que “há irregularidade irrelevante quando a desconformidade não traduz infração a valor ou interesse jurídico”. Seria um exemplo o erro inequívoco na grafia de uma palavra, que não altera de modo algum o sentido. “O ato é viciado, mas não se exige a correção do ato, não se exige que o ato seja nem invalidado nem convalidado; o sistema jurídico admite que se deixe tudo como está” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 270).

Numa outra situação, “a irregularidade suprível é aquela em que existe defeito sanável, sem que tal acarrete lesão a valor ou a interesse jurídicos. [...] É possível produzir a correção, sem que o ato equivocado seja excluído da vida jurídica, mantendo-se os efeitos do ato cujo defeito foi sanado” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 388).

3 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Firma-se a premissa, antes de se tratar propriamente do controle daqueles atos administrativos desconformes com a lei e o Direito, de que “a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 976). Para tanto, discorrer-se-á brevemente a respeito do princípio da legalidade, para então se adentrar na questão do controle interno e externo dos atos administrativos e, por fim, tratar-se da aplicação do instituto da prescrição nas pretensões reintegratórias decorrentes de demissão originada por ato administrativo inválido, vez que, como observa Marcondes Martins (2008, p. 274), “o ato administrativo inválido exige – constatado o vício no momento imediatamente posterior à edição do ato, ou seja, à sua notificação ou publicação – a correção do vício pela edição de outro ato jurídico, administrativo ou jurisdicional”.

3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade se qualifica como importante viga do Estado de Direito, tal qual o princípio da segurança jurídica. De acordo com Ricardo Marcondes Martins (2008, p. 307), “a segurança apresenta-se como fato e como valor: como fato, ela é imanente a todo

ordenamento jurídico e se cristaliza num sistema de legalidade; como valor, ela só está presente em determinados ordenamentos e concretiza as exigências da justiça”.

Relevante trazer que, dos princípios constitucionais explícitos, no art. 37 da Constituição Federal, que norteiam a Administração, tem-se o princípio da legalidade como capital para a configuração do regime jurídico administrativo.

Muito pertinente se faz a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 103): “específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado do Direito: é consequência dele”.

Importa consignar que o princípio da legalidade é, em suma, “a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 103).

Desta maneira, pelo princípio da legalidade, na República Federativa do Brasil, “[...] a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina, ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 108). Na lição de Seabra Fagundes (*apud* MARCONDES MARTINS, 2008, p. 79), “administrar é aplicar a lei de ofício”.

A atividade administrativa, portanto, deve prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos, ou particularizados em conformidade as suas disposições. A Administração só está autorizada a fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza, não podendo atuar contra a lei, nem adiante dela; mas sim de acordo com as determinações legais.

De acordo com Carvalho Filho (2012, p. 836), “o controle administrativo da Administração Pública tem [...] pilares de sustentação. O primeiro deles é o princípio da legalidade, reconhecidamente o mais importante em termos de função administrativa”.

Estabelece-se, assim, que todo ato administrativo da Administração Pública, se atentar contra a legalidade e o Direito, deve ser revisto por meios de controle existentes, com o objetivo de ser retirado do ordenamento jurídico quando o afrontar. É o que observa Weida Zancaner (*apud* MARCONDES MARTINS, 2008, p. 307) “do princípio da legalidade extrai-se, além de um mandado de restauração da ordem jurídica, também um mandado de estabilização das relações jurídicas”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 484), em razão do princípio da legalidade, “fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente. Donde, é dever recompor a legalidade ferida”. Justamente, “a invalidação consiste na expedição de um ato administrativo cujo efeito é a retirada do ato inválido do mundo jurídico. É a forma mais radical de correção do vício de um ato administrativo, e, por isso, indica uma maior repulsa do ordenamento à norma viciada” (MARCONDES MARTINS, 2008, p. 275).

Então, dessa maneira, “no Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 951).

Tampouco seria compatível com a democracia republicana “que a Administração Pública pudesse produzir unilateralmente um ato que vinculasse os particulares de modo absoluto e ilimitado” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 368). Torna-se imprescindível que a Administração Pública, direta ou indireta, assujeite-se a controles ditos internos e externos.

Assim, “interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 953).

Observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 953) que “[...] em relação às entidades da Administração indireta (sem prejuízo dos controles externos), haveria um duplo controle interno: aquele que é efetuado por órgãos seus, que lhe componham a intimidade e aos quais assista esta função, e aqueloutro procedido pela Administração direta”. Tal hipótese seria reconhecida como controle interno exterior.

Controle externo, por sua vez, compreende o controle parlamentar próprio, o exercido pelo Tribunal de Contas, e o controle jurisdicional, o qual será o abordado de maneira mais detida.

3.1.1 Controle interno pela Administração

O controle administrativo interno “é realizado pela própria Administração Pública no exercício do poder de autotutela, que nesse mister age espontaneamente ou provocadamente, e tem em vista o exame dos atos e comportamentos da Administração

Pública no que concerne ao mérito e à legalidade” (GASPARINI, 2009, 118). Segundo Carvalho Filho (2008, p. 143), “a Administração pode invalidar seus próprios atos. Dotada do poder de autotutela, não somente pode, mas também deve fazê-lo, expungindo ato que, embora proveniente da manifestação de vontade de algum de seus agentes, contenha vício de legalidade”.

Nessa senda, a autotutela implica que “a Administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público, Se a administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, poderá anulá-los por si própria” (MEDAUAR, 2007, p. 130). Corroborar-se esse entendimento de que “pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário. [...] Se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe o controle da legalidade” (DI PIETRO, 2012, p. 70). E, no entendimento de Carvalho Filho (2012, p. 27), “na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários”.

Tem-se, então, que, “defrontando-se com esses erros, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerente e desinteressada” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 27). É necessário mencionar o art. 53 da Lei n. 9.784/1999:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Releva trazer as Súmula n. 346 do STF, de 13.12.1963, que já previa anteriormente à edição do dever contido na Lei n. 9.784/1999, ao dispor que “a Administração Pública pode anular seus próprios atos”. Também anterior à Lei n. 9.784/1999, a Súmula 473 do STF, de 03.12.1969, era mais incisiva ao prever que

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A regra do art. 53 da Lei n. 9.784/1999 é clara no dever imposto à Administração de realizar o controle de seus atos inválidos. Necessário é saber se há limites para que isso ocorra. Segundo Carvalho Filho (2008, p. 144), “primeiramente a Administração deve anular o ato. Considerando, entretanto, limitações ao dever de invalidar estaria o decurso de tempo e consolidação dos efeitos produzidos”. O decurso do tempo, explica o autor, estabiliza certas situações fáticas, transformando-as em situações jurídicas; e se estas estiverem profundamente consolidadas, a permanência do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação. Para Di Pietro, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de ferir o princípio da legalidade. “No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal: nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão” (DI PIETRO, 2012, p. 244). Interessante é o posicionamento no sentido de que a convalidação também seria forma de recompor a legalidade: “tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 484).

Reportando-se à redação do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, tem-se que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que forem praticados, salvo comprovada má-fé”.

Indiscutivelmente, para aqueles atos onde decoram efeitos favoráveis para os destinatários de boa-fé, existe um limite para o poder de invalidar: o prazo decadencial para a Administração exercer tal direito potestativo.

Oportuno é tratar também de situação diversa da regra do art. 54 da Lei n. 9.784/1999; naquela onde Administração deve anular um ato eivado de vício que decorra efeito desfavorável para o destinatário, a exemplo de uma demissão por ato administrativo inválido.

Em relação ao tema, a despeito de quem defenda o mesmo prazo quinquenário para a Administração invalidar esses atos, tal como o estabelecido pelo prazo prescricional do art. 20.910/1932 ou do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, Toshio Mukai (1999, p. 219) postula que, “em princípio, a doutrina admite a anulação do ato administrativo irregular [no sentido de viciado], pela própria Administração, já que o ato nulo não pode gerar efeitos jurídicos. Essa anulação deve ser ‘o quanto antes’, para restabelecer a legalidade administrativa”. Prossegue o autor que “[...] num primeiro princípio a Administração tem o dever jurídico de declarar sua nulidade, visto que a manutenção da legalidade, no Estado de Direito, é seu primeiro dever

ético e jurídico” (MUKAI, 1999, p. 225). Disso decorre a conclusão de Mukai (1999, p. 225) de que não haveria prazo para a anulação: “por essa mesma razão, não vemos como possa, pelo menos em princípio, impor-se-lhe prazo para tal anulação”. Segundo Cretella Júnior (*apud* MUKAI, 1999, p. 225), o prazo que a Administração teria para anular os próprios atos não pode ser inferior ao prazo que tem o administrado para pleitear perante o Poder Judiciário a eliminação desses mesmos atos.

Muito interessante é a postura de Toshio Mukai ao tratar, quanto ao prazo para revisão de ofício dos atos, que não se poderia fazer a analogia prevista no prazo prescricional contido no Decreto n. 20.910/1932. “Para a Administração anular seus próprios atos, no entanto, tais prazos não imperam, em face do princípio da separação de Poderes (art. 6º da CF), não podendo, assim, o intérprete deduzir para a hipótese os mesmos prazos mencionados, por analogia” (MUKAI, 1999, p. 226). Dessa feita, conclui Toshio Mukai (1999, p. 227) que “pois, em regra, não se pode pensar num prazo fixo para a Administração anular seus próprios atos”. Em síntese, “não há prazo, nem cabe cogitar de prescrição na via administrativa, relacionado com o poder de anulação *ex officio* dos atos administrativos” (MUKAI, 1999, p. 229).

Segundo Hely Lopes Meirelles (2004, p. 166), o prazo que dispõe a Administração para anular seus próprios atos possui ressalvas para a invalidação a qualquer tempo: “quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas”.

Impende tratar, após se discorrer sobre o controle interno da administração, da forma de controle externo, pelo Poder Judiciário, da conformidade dos atos administrativo com o Direito.

3.1.2 Controle externo pelo Judiciário

É Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 952) no sentido de que “dentre todos os controles o mais importante, evidentemente, é o que se efetua, a pedido dos interessados, por meio do Poder Judiciário”.

O Brasil adota o sistema de jurisdição única. Disso decorre que “[...] assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer

contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais foram os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 963).

A submissão dos comportamentos da Administração Pública ao controle jurisdicional é inerente ao Estado de Direito. Dessa maneira, o Poder Judiciário “[...] controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-as àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 963).

Marçal Justen Filho (2012, p. 368) observa que “todo o ato administrativo é revisável pelo Poder Judiciário (respeitado seu mérito)”. Com efeito, “de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contestar seus atos com exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos e as reparações cabíveis” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 76).

Outrossim, é o que prescreve a inafastabilidade do Poder Judiciário, positivado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Releva a observação que o maior controle que o Judiciário realiza dos atos administrativos é o controle de legalidade. “A Administração só pode agir sob a lei. Por isso se diz, generalizadamente, que a Administração, além de estar proibida, como qualquer, de atuar em desacordo com a lei, demais disso, só pode emitir atos jurídicos em conformidade com a lei que a habilite para tanto” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 963).

“Com efeito, o princípio da legalidade valeria absolutamente nada, reduzindo-se a uma ficção rebarbativa, caso sua obediência dependesse tão só da vontade do Poder Público” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 964).

O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello é imperioso no sentido de existir o direito à proteção judicial toda vez que

[...] (a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica, ou b) lhe seja atribuída uma vantagem a que acederia ou a que se propõe nos termos da lei a aceder e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura da legalidade (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 965).

Nessa senda, “segue-se que um ato gravoso, provenha de quem vier, pode ser submetido ao órgão judicante a fim de que este afira sua legitimidade e o fulmine se reputar configurada ofensa a um direito” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 974).

Sendo o ato administrativo discricionário ou vinculado, os limites de apreciação pelo judiciário terá tratamento diferente.

Impedindo conceituar a discricionariedade, tem-se que é a margem de “‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois critérios cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 989).

Grande parte dessa possibilidade de liberdade pode decorrer das expressões abertas da lei ou de própria margem conferida pela norma. Não se conseguirá extrair, necessariamente, unicamente uma solução para a situação, sendo possível a análise de variáveis para a escolha e prática do ato.

Naquelas decisões de atividade administrativa tomadas por excelência da função do Poder Executivo, o Judiciário não poderia conhecer do mérito do ato administrativo (as razões de conveniência e oportunidade que ensejaram a possibilidade admissível), mas tão somente outros aspectos, evitando-se assim a ingerência do Poder Judiciário no mérito da atividade administrativa.

O ato administrativo pode, portanto, ser completamente analisado pelo Poder Judiciário. Haverá maiores ressalvas de apreciação ao se tratar da discricionariedade daqueles atos onde há uma escolha de oportunidade e conveniência por parte da Administração

Quando se trata de atos administrativos vinculados – aqueles que não possuem margem de escolha para a Administração, senão a aplicação da situação fática na norma, com o conseqüente sancionamento - vislumbra-se mais facilidade em se conceber que ao Judiciário é assegurada a completa apreciação, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento.

Uma decorrência dessa possibilidade de apreciação dos atos administrativos pelo Judiciário é a sua invalidação (que também pode se dar pela própria via administrativa, conforme seu exercício de autotutela). Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 470) conceitua a invalidação enquanto “supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”.

Em sua análise sobre o tema, Gasparini (2009, p.114) coloca que “no caso em que a retirada do ato administrativo ilegal [é] promovida pelo Judiciário, diz-se *anulação*”. Seria

efetivada por sentença de sua imprestabilidade jurídica, retirando o ato do mundo do Direito. A despeito de autores se valerem do termo “anulação” dos atos administrativos, Carvalho Filho adota o termo “invalidação”, tal como Celso Antônio Bandeira de Mello, para tratar tanto da nulidade quanto da anulabilidade. Nessa linha, pode-se utilizar do termo invalidação “[...] para significar qualquer desconformidade do ato com as normas reguladoras, evitando-se, desse modo, que a referência à ‘anulação’ cause a insinuação de que trata de processo apenas de anulabilidade, e não da nulidade” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 141).

Assim, a própria “presunção de legitimidade não é instrumento de bloqueio da revisão pelo Poder Judiciário, [...] nem pela própria Administração, que tem o dever de rever os próprios atos quando eivados de defeitos, nos limites da chamada coisa julgada administrativa” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 368). Esse

Leitura de Carvalho Filho (2008, p. 147) sobre o tema é no sentido de que “a invalidação opera *ex tunc*, vale dizer, ‘fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos de ontem’. Sendo assim, a decretação da invalidade de um ato administrativo vai alcançar o momento mesmo de sua edição”.

É dizer, portanto, que o desfazimento de todas as relações jurídicas que se originaram do ato inválido, com o que as partes que nelas figuraram hão de retornar ao status anterior ao da violação. Assim, a seguir, será tratado enquanto exemplo, o panorama que o Poder Judiciário deu, em algumas decisões, a respeito da estabilidade da segurança jurídica naqueles atos praticados pela Administração em desconformidade com o Direito.

3.2 Segurança jurídica no erro da Administração: o exemplo da prescrição reintegratória de demissão por ato administrativo inválido

Mister, antes de se adentrar na questão específica da aplicação do instituto da prescrição numa situação de reintegração de servidor público demitido por ato administrativo inválido, tratar-se de modo breve dos agentes públicos, da demissão, e da reintegração, para melhores delimitações.

Detém-se que, para a realização dos serviços que são encargos do Estado, a Administração necessita de recursos materiais e humanos, indispensáveis à realização de qualquer tarefa. “Esses recursos humanos são constituídos por pessoas físicas que, sob

diversas formas de vínculos, prestam serviços à administração ou realizam atividades de sua responsabilidade. Essas pessoas são os agentes públicos” (GASPARINI, 2009, p. 139).

O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 248) traz que “esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.

Releva tratar, de modo breve, a categoria dos servidores públicos, vez que a proposta é a análise da demissão decorrente de ato inválido de servidores públicos. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 254) define os servidores públicos aqueles que “entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência”.

Em complemento, “servidores estatutários se vinculam à Administração Pública por intermédio de um liame de natureza institucional. O regime é também chamado de institucional ou regime estatutário” (GASPARINI, 2009, p. 173).

Por outro lado, essa relação jurídica de caráter não eventual e, a princípio, de permanência, que se estabelece entre a Administração e o servidor estatutário, pode se romper, em variadas causas – administrativas ou judiciais.

O art. 41, §1º, da Constituição Federal vigente, disciplina que o servidor público estável só perderá o cargo:

- I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
- II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
- III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada a ampla defesa.

Seria a demissão um dos “[...] atos administrativos que ensejam a extinção do vínculo estatutário do servidor público [...]” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 599).

Impende qualificar a demissão: esta é uma extinção diferenciada de vínculo entre o servidor e a Administração, por ter caráter punitivo, não sendo ato voluntário do servidor. Representa a expulsão, o afastamento dos quadros da Administração pela prática de ato severamente censurado. “A demissão, autêntica expulsão do serviço público, terá lugar na ocorrência das infrações graves” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 329).

Tratando sobre o tema, no caso dos servidores públicos federais, a Lei n. 8.112/1990, estatuto dos servidores públicos federais, no seu art. 127, inc. III, elenca enquanto penalidade disciplinar a demissão. A título de exemplo de quais condutas são penalizadas com a demissão, do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 dispõe que:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a administração pública;
- II - abandono de cargo;
- III - inassiduidade habitual;
- IV - improbidade administrativa;
- V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
- VI - insubordinação grave em serviço;
- VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
- XI - corrupção;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

O art. 132 remete às transgressões do art. 117, que são as seguintes condutas a ensejar a demissão de servidor público:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

- IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
- X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;
- XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
- XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
- XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;
- XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;
- XV - proceder de forma desidiosa;
- XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

[...]

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

- I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

Releva observar, portanto, que a penalidade de demissão é destinada apenas às condutas mais repulsivas dos servidores públicos.

Importa que o desligamento da demissão por vias administrativas se dá necessariamente por intermédio de um processo administrativo-disciplinar. “Processo administrativo-disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 876).

Ocorrerá, nesse ínterim de manutenção de suas ações em conformidade com a lei e o Direito, “[...] à administração zelar pela correção e legitimidade da atuação de seus agentes, de modo que quando se noticia conduta incorreta ou ilegítima tem a Administração o poder jurídico de restaurar a legalidade e de punir os infratores” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 876). No âmbito federal, a Lei n. 8.112/1990 traz, no seu art. 143, que:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Assim, naturalmente que o processo administrativo disciplinar, por ser uma espécie de processo administrativo, está sujeito a uma série de princípios comuns a esses processos, dentre os quais pode se elencar:

(I) princípio da audiência do interessado; (II) princípio da acessibilidade aos elementos do expediente; (III) princípio da ampla instrução probatória; (IV) princípio da motivação; (V) princípio da revisibilidade; (VI) princípio da representação e assessoramento; (VII) princípio da lealdade e da boa-fé; (VIII) princípio da verdade material; (IX) princípio da celeridade processual; (X) princípio da oficialidade; (XI) princípio da gratuidade; (XII) princípio do informalismo (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 509-510).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 866) explica que as infrações administrativas, para serem validamente instituídas e aplicadas em quem nelas incorreu, necessariamente devem atender a princípios básicos, dos quais elenca a) princípio da

legalidade; b) princípio da anterioridade; c) princípio da tipicidade; d) princípio da exigência de voluntariedade.

Ademais, “quanto às sanções e sua aplicação devem ser mencionados, além dos princípios referidos, mais: e) proporcionalidade; f) devido processo legal; e g) motivação” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 866).

Desponta o devido processo legal na dimensão de seu destaque constitucional. Exige-se processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja. A Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. LIV, assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e no inc. LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Importa, também, que se assegure o contraditório, na sua plenitude, e seja oportunizada a ampla defesa do servidor.

Demanda-se a aplicação de tais direitos e garantias fundamentais na medida que é necessário que a Administração Pública, “antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 118). Dessa maneira, o processo administrativo-disciplinar deve ser pautado não apenas naquelas formalidades próprias estabelecidas em lei: mas em consonância com os princípios da ampla defesa e do contraditório, e demais garantias do devido processo legal, sob pena de invalidade de sua decisão. Não somente a perda do cargo, mas toda infração e punição pressupõe a instauração de processo administrativo que observe as prescrições principiológicas e normativas do sistema jurídico.

Entretanto, mesmo que um servidor seja desligado da Administração, existe a possibilidade de ele retornar ao cargo que ocupava. O retorno do servidor ao serviço público pela ocorrência de determinado fato jurídico previsto no seu estatuto funcional é denominado pelos doutrinadores de reingresso.

Muito embora Carvalho Filho (2008, p. 557) tratar que enquanto “uma das formas de reingresso é a reintegração. Ocorre a reintegração quando o servidor retorna a seu cargo após ter sido reconhecida a ilegalidade de sua demissão”, não há porque reconhecer a possibilidade de reintegração apenas no vício de legalidade, mas sim ao Direito. A invalidade pode decorrer de vício de legalidade; mas também de afronta a princípios e postulados de Direito.

Importa, dessa maneira, que o reingresso pressupõe o reconhecimento da invalidade do ato que encerrou a relação jurídica de pertencimento do servidor público com o quadro de funcionários da Administração. Com efeito, a Constituição Federal assegura ao ex-servidor o direito de retornar ao seu cargo, desde que invalidada por sentença judicial o ato anterior de demissão. Conforme o art. 41, §2º, da Constituição Federal:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

[...]

§2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Com efeito, para Gasparini (2009, p. 220), “a reintegração é o retorno, por força de decisão judicial, do servidor estatutário ao cargo que ocupava, com plena restauração dos direitos violados e integral ressarcimento dos prejuízos sofridos”.

Observa Gasparini (2009, p. 220) que, a despeito de o dispositivo constitucional fazer referência apenas à decisão judicial, também por decisão administrativa pode o servidor ilegalmente demitido ser reintegrado, vez que pelo princípio da autotutela cabe à Administração Pública invalidar seus próprios atos quando praticados em desacordo com a lei. Em qualquer das situações, se há o reconhecimento da nulidade da demissão, a reintegração é direito do servidor.

O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o tema, pontua com clareza:

reintegração é o retorno de servidor ilegalmente desligado de seu cargo ao mesmo, que dantes ocupava, ou, não sendo possível, ao seu sucedâneo ou equivalente, com integral reparação dos prejuízos que advieram do ato injurídico que o atingira. Tal reconhecimento pode vir de decisão administrativa como judicial (2012, p. 317).

A Lei n. 8.112/1990 positiva no seu art. 28 conceito de reintegração, no âmbito dos servidores públicos federais:

Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

Faz-se clara a redação no sentido de se admitir, no âmbito federal, a reintegração tanto por via administrativa quanto judicial.

Entende-se o ato da demissão de servidor público enquanto ato administrativo vinculado, sujeito ao regime anteriormente tratado a respeito da estrutura do ato, sua existência, validade, eficácia, atributos; e também observância aos preceitos do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, no seu respectivo processo administrativo disciplinar. Por não conter discricionariedade nem mérito de oportunidade e conveniência, é plenamente passível de análise judicial, em toda a sua inteireza. Após se tratar de servidores públicos, demissão e reintegração, poder-se-á discorrer do embate entre a segurança jurídica no erro da Administração, tendo enquanto exemplo a aplicação do instituto da prescrição nos casos de reintegração de servidor público demitido por ato administrativo inválido.

Tem-se que, a depender do grau de gradação que se reconhece aos atos viciados, essa demissão poderá ser nula, ou até mesmo inexistente, de acordo com o vício que padece e com a classificação adotada. E, retomando-se as construções a respeito da estrutura do ato – seus requisitos de existências, pressupostos de existência e pressupostos de validade-, poder-se-á determinar se o ato administrativo da demissão foi exarado conforme o ordenamento jurídico ou não. A reintegração decorre necessariamente do reconhecimento de que o ato de demissão foi ilegal – entenda-se, desconforme não somente à lei, mas ao Direito.

Outrossim, vez que a condição necessária para a reintegração é o reconhecimento de uma desconformidade com o Direito no ato da demissão, impende trazer os posicionamentos quanto a prescritibilidade da demissão decorrente de ato inválido, que implicará na reintegração do servidor.

Quanto ao exemplo, Gasparini (2009 p. 116) manifesta-se no sentido de que “nada justifica a possibilidade de um ato administrativo vir a ser declarado inválido depois de um longo tempo de sua edição. A entender-se isso factível, estar-se-ia pondo em risco a necessária estabilidade das relações jurídicas após certo tempo de vigência”. Prossegue afirmando que “destarte, decorrido determinado prazo, o ato ilegal firma-se, estabiliza-se, não podendo mais ser invalidado pela Administração Pública ou anulado pelo Judiciário” (GASPARINI, 2009, p. 116). Adiante, Gasparini (2009, p. 117) pontua precisamente que “esse prazo, quando se cuida de ação judicial contra a Fazenda, seja ela qual for, é de cinco anos, consoante estabelece o art. 1º do Decreto federal n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932”. Por fim, arremata Gasparini (2009, p. 117), tratando do caso específico de prescrição e reintegração, que “destarte, é de cinco anos o prazo prescricional para o servidor público pleitear sua reintegração no serviço público, em razão de demissão ilegal [...]”.

Um outro posicionamento que se traz é o de Carvalho Filho (2008, p. 148), ao afirmar que “é preciso não esquecer que o ato nulo, por ter vício insanável, não pode redundar na criação de qualquer direito. O STF, de modo peremptório, já sumulou que a Administração pode anular seus próprios atos ilegais, porque deles não se originam direitos (Súmula n. 473)”. Ademais, continua Carvalho Filho (2008, p. 148) no sentido de que “coerente com tal entendimento, o STJ, decidindo questão que envolvia o tema, consignou que o ato nulo nunca será sanado e nem terceiros podem reclamar direitos que o ato ilegítimo não poderia gerar”. Todavia, ao encerrar o tema, Carvalho Filho conclui que:

quanto à prescrição, considera grande parte da doutrina que ela incide em relação aos atos administrativos inválidos. Entende-se que o interesse público que decorre do princípio da estabilidade das relações jurídicas é tão relevante quanto a necessidade de restabelecimento da legalidade dos atos administrativos, de forma que deve o ato permanecer qual for o vício de que esteja inquinado. Em tais casos, opera-se a prescrição das ações pessoais em 5 anos (CARVALHO FILHO, 2008, p. 148).

Entende Celso Antônio Bandeira de Mello pela aplicação da prescrição quinquenal, mesmo se tratando de ato nulo:

Já com relação à prescrição ‘dos direitos e ações contra a Fazenda Pública’, não haveria mesmo de cogitar sobre qualquer diferença entre [o prazo de prescrição dos] nulos e anuláveis. Como bem observou Régis Fernandes de Oliveira, não se pode fundar qualquer distinção de efeitos entre atos nulos e anuláveis quanto à prescrição de ações de terceiros contra a Fazenda. É que o Decreto 20.910/1932 firmou regra geral, estabelecendo-a em 5 anos, sem fazer caso algum de serem nulos ou anuláveis os atos que se queira impugnar. A jurisprudência concluiu que serão 5 anos nos casos de ações pessoais e 20 anos nos casos de ações reais, também sem distinguir entre atos nulos e anuláveis (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 493).

Tratando, contudo, dos atos administrativos inexistentes, Celso Antônio Bandeira de Mello é firme no sentido de admitir tão somente a imprescritibilidade:

O autor citado [Régis Fernandes de Oliveira], todavia, conclui que é imprescritível o direito da Fazenda de opor-se aos seus próprios atos, por si mesma ou em juízo, quando inexistir previsão legal específica estabelecendo-a. Discordamos. O estado de pendência eterna parece-nos incompatível com o objetivo nuclear da ordenação jurídica, que é a ordem, a estabilidade. Tal imprescritibilidade só pode ocorrer em relação aos atos que denominados de inexistentes (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 493).

Noutra senda, há entendimentos jurisprudenciais a firmar a imprescritibilidade contra o ato administrativo nulo. A exemplo, cita-se ementa do julgado do Recurso Especial n. 311.044, de relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 2002, a tratar da nulidade de ato punitivo de transferência para a reserva remunerada. Nele, assenta-se o entendimento – de que o decurso do tempo não “convalida” (o que pode ser entendido enquanto “não estabiliza”) o que nasceu inválido, afastando assim a hipótese de aplicação da prescrição quinquenária a que alude o Decreto n. 20.910/1932:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO NULO. IMPRESCRITIBILIDADE. DECRETO 20.910/32 – ART. 1º.

1. Não se pode levar na devida linha de conta a tese da prescrição quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/31), em se tratando de ato administrativo nulo, porquanto, nestas condições, “*o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido*”. Precedentes. Recurso especial conhecido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 311.044. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Brasília/DF, Publicado no Diário da Justiça no dia 27.08.2002)

Há julgamentos mais recentes (do ano de 2014) nos quais se afirma que a tese de imprescritibilidade do ato administrativo nulo é firme, tal como no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1312177 / RN, do Ministro Relator Herman Benjamin:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO. INVESTIDURA. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO NULO. RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE. INÍCIO DE CONTAGEM DE PRAZO PRESCRICIONAL. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública que objetiva a) declaração da nulidade dos atos administrativos que investiram ilegalmente os servidores do Banco de Desenvolvimento do Estado do Rio Grande do Norte no quadro efetivo da Assembleia Legislativa do mesmo Estado e b) o respectivo ressarcimento dos danos causados ao Erário.

2. Os vícios alegados na inicial decorrem da falta de prévio concurso público e da ausência de publicidade dos atos de investidura dos servidores, divulgados não no Diário Oficial estadual, mas apenas em "Boletim Interno" da Casa Legislativa, de periodicidade incerta e circulação restrita, "interno", como a própria denominação indica.

3. De acordo com a Súmula 685/STF, "É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

4. A Suprema Corte possui posição sedimentada de "situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das

determinações insertas na Constituição Federal" (MS 28.279, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe-079, Publicação em 29.4.2011, p. 421-436) .

[...]

7. **"É firme a jurisprudência desta Corte no sentido da imprescritibilidade do ato administrativo nulo"** (REsp 1.119.552/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 5.10.2009).

8. Ainda que incidisse prazo prescricional no caso, o vício formal da falta de divulgação dos atos apontados na inicial não pode gerar o efeito jurídico que decorre da providência que lhes falta: a publicidade.

9. No mesmo sentido: REsp 1.318.755/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10.12.2014.

10. Agravo Regimental não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1312177/RN. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília/DF, 16 de dezembro de 2014. Publicado no Diário da Justiça no dia 03.02.2015) (grifo nosso)

Outrossim, no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 930934 / SC, do relator Ministro Sérgio Kukina, 2015, que cuida de nomeação nula de cartorário sem concurso público, houve decisão contra o prazo limite de 5 anos estabelecido para a anulação do ato inválido, firmando que pode ser realizada a invalidação a qualquer tempo, em algumas situações:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RAZÕES DE INCONFORMISMO ESTÃO DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 284/STF. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. PROVIMENTO DO CARGO SEM CONCURSO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF (ADI Nº 1.573/SC). ATO NULO. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA AFASTADA.

1. É inadmissível o agravo regimental que apresenta razões dissociadas do quadro fático e das premissas jurídicas expostos na decisão agravada. Os argumentos veiculados no presente apelo não guardam pertinência com os fundamentos da decisão atacada, atraindo a incidência, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. As Turmas que compõem a Primeira Seção deste STJ firmaram jurisprudência no sentido de que a Administração pode anular, a qualquer tempo, o ato administrativo de provimento de serventia extrajudicial sem a devida observância ao requisito do concurso público, não se cogitando da incidência do disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.930.934/SC, Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília/DF, 24 de março de 2015. Publicado no Diário da Justiça no dia 06.04.2015) (grifo nosso)

Pela situação específica de aplicação da prescrição ou reconhecimento da imprescritibilidade, por demissão decorrente de ato inválido, é importante trazer os julgamentos seguintes.

Odete Medauar (1989, p. 93) traz para a controvertida questão situação de reintegração de servidor público por ato administrativo supostamente inválido: “também se questiona a prescritibilidade ou não de atos administrativos nulos ou inexistentes”. Medauar colaciona acórdão do Recurso Extraordinário n. 99.936-1 – Rio Grande do Sul, do Supremo Tribunal Federal, em que foi relator, com voto vencedor unânime, o Ministro Moreira Alves, defendendo a tese da prescritibilidade. A ementa do julgado é a seguinte:

EMENTA: Prescrição. Alegação de falsidade (ideológica ou material) de atos de aposentadoria, os quais, ou teriam sido inseridos em folhas assinadas em branco, ou teriam suas assinaturas falsificadas.

- Em nosso direito administrativo, como decorre, inclusive, do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 4.717/65, não se faz distinção entre atos administrativos inexistentes e nulos, considerando-se ambos como nulos.

- Assim sendo, a falsidade ideológica ou material de ato administrativo acarreta a nulidade do ato administrativo.

- A prescrição quinquenária a que alude o Decreto 20.910, de 6.1.1932, incide em matéria de nulidade de ato administrativo, no que diz respeito a direitos pessoais, independentemente da natureza da ação de nulidade (se declaratória, ou se constitutiva negativa).

Recurso extraordinário conhecido e provido.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 99.936-1 – Rio Grande do Sul, 2ª Turma. Recorrentes: Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Federal de Pelotas. Recorrido: Emilio Mabilde Ripolli e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 13 de maio de 1983. Publicado no Diário da Justiça no dia 16.09.83).

Releva trazer que o caso em apreço, usado enquanto exemplo por Medauar, trata de ação onde os autores buscavam: a) a declaração de que o documento que os aposentara era destituído de autenticidade, por ser acometido de falsidade material; b) a condenação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul a reintegrá-los, como se jamais dos cargos tivessem sido afastados, assegurando-se-lhes todos os direitos e vantagens que fizeram jus seus colegas de igual categoria, nível ou referência, inclusive reclassificação ou reenquadramento; c) condenar a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a Universidade Federal de Pelotas e a União Federal a pagar-lhes os vencimentos e todas as vantagens e gratificações a qualquer título, que deixaram de receber, compensados parcialmente (a partir de 28 de agosto de 1979), quando ocorreu seu retorno ao serviço público.

Tem-se que a análise do caso é interessante na medida em que trata da aplicação ou não do instituto da prescrição do pleito de invalidação de ato administrativo, perpassando inclusive pela natureza da ação.

Infere-se que, no caso em comento, o ato em discussão fora produto de suposto ilícito penal de falsidade material, o que poderia alçá-lo à categoria de ato inexistente, ante a repulsa que o Direito conferiu à conduta.

Era declaratório o pedido de inexistência de ato administrativo que afastou os autores do serviço público. O ato que excluiu os autores do serviço público foi praticado em 1º de setembro de 1969; e a ação foi proposta em 08 de setembro de 1980 – ou seja, aproximadamente 11 anos depois.

Sentenciou o juízo em primeiro grau extinto o processo, ponderando que “posto que se trata de uma ato nulo, segue-se que o pedido que seja ‘declarado inexistente o ato administrativo que afastou os autores do serviço público’ é inidôneo, mesmo que se tome o vocábulo ‘inexistente’ aí utilizado, no sentido de ‘nulo’”. Não fez distinção, o magistrado, da categoria dos atos inexistentes.

Tratou o magistrado singular, quanto à natureza da ação, no sentido de que

a ação de nulidade não é declaratória negativa. ‘no sistema jurídico brasileiro’ – ensina PONTES DE MIRANDA – ‘a ação (de nulidade) é constitutiva negativa; o ato jurídico foi feito, é nulo, e a sentença decreta-lhe a nulidade, empurrando-o para a inexistência. A ação de invalidade do ato jurídico, quando endereçável contra o Poder Público, prescreve em cinco anos.

Impende trazer as razões com que o Tribunal cassou a sentença. O Ministro relator do acórdão, Adhemar Raymundo, observou que seria imprescritível a ação declaratória de reconhecimento do ato nulo, mesmo que cumulada com pedido condenatório:

indispensável, em primeiro lugar, se comprove essa declaração de falsidade, para, se procedente, ter-se o ato como inexistente. [...] Os autores foram claros na postulação, visando buscar, por meio da ação, a declaração de que o documento que os aposentou é destituído de autenticidade. Indiscutivelmente, a ação de mera declaração está cumulada com outra, de natureza condenatória (o que é possível), de modo que, por ser a primeira imprescritível, segundo os ensinamentos da doutrina, a solução há de ser o provimento da apelação, para que, cassada a sentença, prossiga o juiz no feito, como de direito.

Envidou-se recurso contra o acórdão acima tratado. O Ministro relator Moreira Alves, o prolator da decisão final, pontuou precisamente que “a questão, portanto, se resume em saber se, em hipótese como a presente – em que se pede a declaração de inexistência de

ato administrativo, para extraírem-se daí as consequências funcionais e patrimoniais-, há, ou não, prescrição”.

Seguidamente a ressaltar a dificuldade que existente no tema, ante as divergências que há ao se tratar do ato administrativo nulo ou inexistente, bem como seus diferentes regimes jurídicos, o Ministro Moreira Alves se alinhou pela indiferença da classificação entre atos nulos e inexistentes (curiosamente, com citação de obra antiga de Celso Antônio Bandeira de Mello que, como abordado, defende a possibilidade de atos administrativos inexistentes):

questão tormentosa, no campo do direito em geral, é a da distinção da inexistência da nulidade dos atos jurídicos. Mesmo aqueles que a admitem encontram sérias dificuldades em caracterizá-la, e isso porque a segurança jurídica não permite se fique na afirmação lógica de que inexistente seria o ato a que faltasse algum de seus elementos essenciais, ao passo que nulo seria o ato que contivesse todos, apresentando, porém, algum, ou alguns, vício. Se isso bastasse, a reserva mental, quando provada, tornaria inexistente o ato jurídico por falta de vontade, elemento essencial dele nos sistemas jurídicos que, como o nosso, são subjetivistas nesse terreno. E não há quem, razoavelmente, sustente tal consequência.

[...]

Ainda recentemente, expondo as divergências que nela ocorrem quanto à classificação da invalidade dos atos administrativos, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Elementos de Direito Administrativo, nº 129, pág. 91, São Paulo, 1980), depois de referir-se às três posições adotadas (só nulidade; nulidade e anulabilidade; nulidade, anulabilidade e irregularidade, acentua: ‘Todos negam relevância jurídica à espécie atos inexistentes, indicando que, de direito, equivalem aos atos nulos’.

Tratando de prosseguir o Ministro Moreira Alves quanto à indiferença entre a nulidade e a inexistência, fez menção à Lei n. 4.717/1965:

A essa doutrina se ajusta a nossa legislação, bastando atentar para a circunstância de que a Lei n. 4.717/65, que regula a ação popular, conceitua, no parágrafo único do art. 2º, como caso de nulidade, o vício de forma, ainda que consistente na omissão de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato administrativo lesivo. Ora, pela teoria da inexistência, o caso típico em que ela ocorre é justamente o da omissão de formalidade essencial à existência do ato.

Em consequência, não se distinguindo, em nosso direito administrativo, inexistência de nulidade, hipótese como a presente – alegação e falsidade (material ou ideológica) dos atos de aposentadoria – são examinados como de nulidade”.

A partir da desconsideração da classificação do ato inexistente, tratando tão somente como nulo, o Ministro Moreira Alves aplicou então a prescrição contida no Decreto n. 20.910/1932:

4. Fixada esta premissa, a questão se simplifica. De feito, para saber-se se ocorre, ou não, prescrição em matéria de nulidade de ato administrativo invocada contra o Poder Público, a solução não se encontra na natureza jurídica da ação que visa à nulidade – se declaratória ou se constitutiva negativa-, mas, sim, em nosso direito positivo, no Decreto 20.910, de 6.1.32, que estabeleceu, como regra geral, sem fazer qualquer distinção entre nulidade e anulabilidade, o prazo de prescrição de 5 (cinco) anos, com relação a quaisquer direitos pessoais, como o são os decorrente de relação de serviço público.

[...]

E é essa, aliás, a jurisprudência hoje pacífica desta Corte, que aplica a prescrição quinquenária inclusiva às hipóteses – como a presente – de alegação de ofensa a direito pessoal por ato administrativo eivado de nulidade.

Para sentido totalmente oposto é o julgamento do Recurso Especial 98.821 - Bahia, do Superior Tribunal de Justiça, de relator Ministro William Patterson, a tratar também da aplicação da prescrição ou imprescritibilidade no caso de pedido de reintegração de servidor público demitido por ato administrativo inválido. A nulidade estaria na falta de oportunização do exercício do direito de defesa.

A ementa do acórdão é elucidativa ao tratar que da imprescritibilidade do direito de reintegração de demissão decorrente por atos nulos:

EMENTA: - ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. REINTEGRAÇÃO. ATO. NULIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

-Se o ato de afastamento do servidor não se revestiu das formalidades essenciais, como a garantia do direito de defesa, descabe em falar em ocorrência da prescrição (art. 1º do Decreto-lei nº 20.910, de 1932).

-Recurso Especial não conhecido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.98.821/Bahia, 6ª Turma. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrido: Paulo Bonfim dos Santos. Relator: Ministro William Patterson. Brasília/DF, 26 de novembro de 1996. Publicado no Diário da Justiça no dia 03.02.1997) (grifo nosso)

Reputa o Ministro William Patterson no corpo do voto o cerne da questão: “quanto à infringência legislativa foi esta colocada, apenas, no tocante ao aspecto prescricional (art. 1º do Decreto-lei nº 20.910, de 1932)”. Na fundamentação, houve replicação do que fora decidido no acórdão impugnado, peremptório em recusar a prejudicial da aplicação da prescrição.

A decisão é clara no sentido de que o prazo prescricional não seria aplicável, tratando-se de ato jurídico comprovadamente nulo. Ainda, repetiu-se a máxima do civilista

Orlando Gomes, no sentido de que “o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido”:

De fato, não se pode levar em consideração o prazo prescricional, em se tratando de ato jurídico comprovadamente nulo. Esta nulidade, advém da imperfeição que caracterizou o ato de exclusão do Apelado, eis que, a este não foi dada a oportunidade devida para se defender.

Do entendimento extraído das obras do festejado professor Orlando Gomes, observa-se que “o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido”. Assim, não se pode priorizar, no caso em tela, o que determina o art. 177 do Código Civil, quanto ao período prescricional, bem como o que dispõe o art. 1º do Decreto Lei nº 20.910/32.

Diante disso, rejeita-se a preliminar da prescrição quinquenal para as ações em que a União, os Estados e os Municípios sejam partes”.

É incensurável o decisor. Com efeito, se, no exame da questão resultou o convencimento da nulidade do ato impugnado, por vício insanável, no caso a falta de garantia do direito de defesa não se pode falar em ocorrência prescricional (art. 1º do Decreto-lei n. 29.910, de 1932).

Sepulta a questão o Ministro William Patterson no sentido de ser incensurável a decisão afastando a aplicação da prescrição no conhecimento da reintegração originada por ato administrativo inválido: “com efeito, se, no exame da questão resultou o convencimento da nulidade do ato impugnado, por vício insanável, no caso a falta de garantia do direito de defesa, não se pode falar em ocorrência prescricional (art. 1º do Decreto-lei nº 20.910, de 1932)”.

Enfatiza-se que o julgamento do Recurso Especial n. 98.821-BA, da relatoria do Ministro William Patterson, serviu para fundamento de outras decisões, no mesmo sentido de imprescritibilidade da pretensão em face de atos administrativos inválidos.

Mais recentemente, observa-se pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de se admitir a prescritibilidade quinquenal, no caso da prescrição da pretensão reintegratória, mesmo que o ato de exclusão do servidor seja nulo.

Prolatada decisão no Recurso Especial n. 1.158.353-AM, do relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, em 2014, no sentido de que:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO. DECRETO N. 20.910/32.

PRESCRIÇÃO. A PARTIR DO ATO QUE EXCLUI O SERVIDOR. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos termos do Decreto n. 20.910/32, o prazo para a propositura da ação de reintegração de cargo público é de cinco anos, a contar do ato que excluiu o servidor público, ainda que o ato seja nulo.

Precedentes.

2. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o exame da alegada ofensa a dispositivos constitucionais, mesmo com o cunho de prequestionamento, por ser matéria reservada à competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1158353/AM, 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília/DF, 05 de agosto de 2014. Publicado no Diário da Justiça no dia 19.08.2014) (grifo nosso)

Relevante observar que essa decisão estabelece uma concessão, ao acrescentar e se valer dos termos “ainda que o ato seja nulo” – donde se percebe que anteriormente se decidia reiteradamente o contrário, como observado.

Então, constata-se que as decisões judiciais, a exemplo da doutrina, ora inclinam-se à previsão normativa contida no art. 1º do Dec. 20.910/1932, no sentido de aplicação da prescritibilidade; e ora não, aproximando o regime jurídico dos atos nulos e dos atos inexistentes, escorando-se na doutrina que defende a imprescritibilidade de atos inválidos.

Nesses termos, observa-se que a doutrina é cindida; e os tribunais demonstram que inexistente regra geral sistemática apriorística de observância para a aplicação da prescritibilidade ou imprescritibilidade nos atos inválidos, senão a casuística para matérias diferentes de Direito Administrativo.

Os julgados que entendem pela imprescritibilidade são fundamentados no sentido de que a Administração não pode estabilizar pelo decurso temporal o ato que exsurge gravemente maculado; devendo o ato ser rechaçado, como seus efeitos, a qualquer tempo, e não se estabilizar pelo manto da prescrição.

Muito embora seja necessária a segurança jurídica, é questionável se a aplicação do instituto da prescrição no caso em análise realmente a concretiza. Tal como o decurso do tempo tem o condão de estabilizar as situações, não se pode admitir que a Administração conviva com atos administrativos inválidos, dos quais decorram prejuízo aos administrados.

Estabelece-se, no conceito trabalhado por Marcondes Martins, quanto aos pressupostos de existência dos atos administrativos, que a prática de intolerável injustiça conduziria à inexistência do ato. Haveria aí um ponto de tangência quanto à repulsa de se qualificar os atos administrativos nulos e inexistentes. Uma demissão exarada sem o respeito ao devido processo legal viola direito tido constitucionalmente enquanto fundamental – que não deixa de decorrer da própria dignidade humana. Assim, um ato tido enquanto nulo por alguns autores pode muito bem ser considerado como inexistente, com arrimo nesse posicionamento classificatório nitidamente plausível juridicamente.

Uma diferenciação importante que seria quanto a natureza dos pedidos. O reconhecimento de um ato administrativo inexistente, nesse caso, eminentemente é declaratório. Não estaria, portanto, sujeito ao prazo prescricional a que alude o Decreto n. 20.910/1932.

Contudo, pode-se admitir que o prazo para a reintegração teria uma outra natureza, que não declaratória, distinta daquela apenas do reconhecimento de inexistência do ato. Com efeito, a reintegração visa a mudar a situação jurídica, e não somente declará-la, mas a reintegração necessariamente decorre da invalidação do ato de demissão. Perderia o sentido não estendê-la também quando o para se conhecer da inexistência do ato não há prescrição.

Outrossim, observa-se que a decisão judicial que mais se debruçou a resolver a questão a partir da premissa de que a prescrição relaciona-se com aqueles direitos a uma pretensão, foi a decisão do Ministro Moreira Alves. Interessante é que considerou o Ministro igualou a condição dos atos nulos com os existentes, para então aplicar a regra contida no Decreto n. 20.910/1932.

Releva dizer que, se se considera os atos inexistentes quanto nulos, poder-se-ia atribuir o regime jurídico de um pelo outro, conforme posicionamentos doutrinários que existem.

Ademais, o que se observa é a completa ausência de sistema eficaz que dê conta de tratar de toda a questão sem incongruências.

Conforme fora tratado, nem o instituto da prescrição possui posicionamento uníssono quanto aos meios de aplicação. As regras de Agnelo Amorim Filho que são de extrema simplicidade para deduzir um meio de operar algo não muito bem diferenciado.

A grande variedade conceitual, com terminologias por vezes diferentes para tratar do mesmo significado, também embaça e é óbices para a clareza no tema.

Observa-se que solução que o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando ao caso se presta à almejada segurança jurídica, pela certeza da decisão; mas não deixa de ser questionável quando há também argumentos possíveis juridicamente que condizem mais com o dever de conformidade com o Direito por parte da Administração.

Também se faz necessário destacar a observada a disparidade que o tema apresenta quanto a aplicação específica da aplicação da prescrição nos atos inválidos.

Enfatiza-se, novamente, a dificuldade da matéria, e ao se tratar de casos parecidos, com diferentes razões de decidir. As diferenças e oposições são ínsitas ao Direito, ao que cabe no seu aperfeiçoamento a busca pelas melhores soluções e realização de seus propósitos.

A questão é controversa desde o início – ao se diferenciar e postular sobre a aplicação dos institutos extintivos pelo decurso do tempo, para a segurança jurídica; da própria estrutura dos atos administrativos; e dos seus efeitos quando invalidáveis e invalidados.

Muito embora queira se pretender uniformização, a questão da estabilização e segurança permanece um ponto difícil de se uniformizar. Ainda mais, ao se tratar de atos administrativos, vez que Administração deve exarar os atos e estar conforme o Direito e a legalidade.

O desafio, portanto, é conseguir um para melhor aplicação do Direito, que esteja de pleno acordo com o objetivo da aspiração da segurança jurídica, tão importante para a necessidade de satisfação da condição humana.

CONCLUSÃO

O Direito necessita da segurança jurídica – e um dos modos de consegui-la é por intermédio da estabilização das situações pelo decurso do tempo.

Alguns dos institutos que se valem do decurso do tempo para assegurar a segurança jurídica são a decadência e a prescrição, modos extintivos de direitos.

A decadência atinge direitos potestativos, e por consequência as ações constitutivas; ao passo que a prescrição fulmina a pretensão daqueles direitos a uma prestação, nas ações condenatórias. Por sua vez, as ações declaratórias seriam imprescritíveis.

As pretensões dos administrados em face da Administração Pública estariam sujeitas ao prazo quinquenal da regra contida no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

Os atos administrativos, na sua estrutura, possuem elementos, aspectos intrínsecos do ato; e pressupostos de existência e validade, aspectos extrínsecos ao ato.

Os elementos do ato administrativo são sua forma e conteúdo. Os pressupostos de existência do ato seriam o seu objeto e sua pertinência com a atividade administrativa; e, em complemento, o mínimo de eficácia ou de recognoscibilidade social; e a não concretização de injustiça intolerável.

Vícios nos elementos ou pressupostos de existência importarão na inexistência do ato administrativo. Os atos inexistentes não são possíveis de convalidação. Cabe, a eles, o direito à declaração de inexistência, com efeitos retroativos, seja pela própria Administração, seja pelo Poder Judiciário numa ação declaratória imprescritível; o direito à resistência e a indenização pelos danos causados, bem como a responsabilização do agente.

Enquanto pressupostos de validade dos atos administrativos, há o pressuposto subjetivo, referente ao sujeito competente emitente do ato; o pressuposto objetivo, que diz respeito ao objeto e ao requisito procedimental do ato; o pressuposto teleológico, que trata da finalidade do ato; o pressuposto lógico, referente à causa do ato; e o pressuposto formalístico, que cuida de maior minúcia da formalização do ato administrativo.

Os vícios de pressupostos de validade, a princípio, conduzirão à invalidade do ato – que serão nulos ou anuláveis.

Os atos nulos seriam os atos que, apesar de existentes, possuiriam vícios de pressupostos de validade. De algum modo, são desconformes o Direito. Deles, não deveriam decorrer direitos. Devem ser invalidados de ofícios pela Administração ou pelo Poder Judiciário, com efeitos retroativos – salvo se ampliativos da esfera de direitos, onde sua invalidade operará a partir da decisão. Também não podem ser convalidados; mas a eles não

caberia direito à resistência. O cunho da invalidação é constitutivo, e não puramente declaratório.

Por sua vez, os atos anuláveis seriam aqueles atos inválidos que poderiam permanecer. Dependem da arguição dos interessados para serem retirados. Devem ser convalidados. pela Administração; e sua anulação geraria efeitos a partir da invalidação. Os atos irregulares, por sua vez, são atos viciados mas não inválidos, podendo permanecer ante seu pequeno defeito leve.

Vez que a Administração Pública e seus atos deve se pautar na legalidade e consonância com o Direito, há meios de controle para que se mantenha a lisura jurídica da atividade administrativa.

O controle interno, no âmbito da própria administração, é um dever que decorre do poder de autotutela da Administração.

O controle externo pelo Poder Judiciário decorre da inafastabilidade desse poder nas lesões e ameaças aos direitos; bem como da jurisdição única adotada no Brasil.

Desse modo, pelo controle interno e externo, deve-se assegurar a segurança jurídica e seus institutos, da decadência e prescrição, naqueles atos que a Administração pratica em desconformidade com o Direito.

A questão não é uníssona, todavia, na aplicação dos modos extintivos de direitos pelo decurso de tempo; e tampouco o é no que concerne às invalidades dos atos administrativos. Por vezes, aquilo que é inexistente é tomado enquanto nulo; o nulo é tomado enquanto inexistente; ou as categorias são tratadas como uma só. O regime conferido a uma das categorias por vezes é atribuído à outra, vez que não há consenso a respeito da classificação das nulidades. Alguns autores sequer consideram a possibilidade de os atos administrativos serem inexistentes.

Exemplo que pode ser trazido desse embaraço de sistematização é a questão da prescritibilidade da reintegração de servidor público demitido por ato administrativo desconforme o Direito. Em análise, constata-se que há posicionamentos onde se concluiu pela aproximação do ato nulo e inexistente, com a aplicação da prescrição quinquenária do Decreto n. 20.910/1932; noutro, firmou-se que o ato nulo (não se tratando por inexistente) seria imprescritível, e não convalidável pelo tempo; e, atualmente, entende-se que aplica-se a prescrição quinquenária, ainda que o ato seja nulo. Os diferentes posicionamentos – não se podendo afirmar errados – são demonstrações da dificuldade da questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: 1988

BRASIL. Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Diário Oficial da União, 8 de janeiro de 1932.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Diário Oficial da União, 5 de julho de 1965, republicado em 8 de abril de 1974.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União, 19 de abril de 1991.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Diário Oficial da União, 1º de fevereiro de 1999, retificado em 11 de maio de 1999.

BRASIL. Lei 9.868/1999, de 10 de novembro de 1999. Diário Oficial da União, 11 de novembro de 1999

BRASIL. Lei n. 9.882/1999, de 3 de dezembro de 1999. Diário Oficial da União, 06 de dezembro de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 311.044. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Sexta Turma. Brasília/DF, Publicado no Diário da Justiça no dia 27.08.2002

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1312177/RN. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília/DF, 16 de dezembro de 2014. Publicado no Diário da Justiça no dia 03.02.2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.930.934/SC, Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília/DF, 24 de março de 2015. Publicado no Diário da Justiça no dia 06.04.2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.98.821/Bahia, 6ª Turma. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrido: Paulo Bonfim dos Santos. Relator: Ministro William Patterson. Brasília/DF, 26 de novembro de 1996. Publicado no Diário da Justiça no dia 03.02.1997

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1158353/AM, 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília/DF, 05 de agosto de 2014. Publicado no Diário da Justiça no dia 19.08.2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 99.936-1 – Rio Grande do Sul, 2ª Turma. Recorrentes: Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade

Federal de Pelotas. Recorrido: Emilio Mabilde Ripolli e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 13 de maio de 1983. Publicado no Diário da Justiça no dia 16.09.83

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Edição. Rio de Janeiro. Lumen Iuris, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na internet. Acesso em 04.10.2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo, Atlas, 2012.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª Edição. São Paulo, Saraiva 2009.

MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Malheiros, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Prescrição e Administração Pública*. Revista dos Tribunais-642, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29ª Ed. (Eurico Azevedo et al.). São Paulo, Malheiros, 2004.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª Ed, Forense, Rio de Janeiro. 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil, volume 1, tomo 1: processo de conhecimento*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.